This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 741 490

HARVARD
LAW

Digitized by Google

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Digitized by Google

Ito 3

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Caepolla, Bartholomaeus,

TRATTATO

DELLE

SERVITÙ PREDIALI

SÌ URBANE CHE RUSTICHE,

DI BARTOLOMEO CIPOLLA,

giureconsulto veronese,

NUOVA VERSIONE ITALIANA COL TESTO A FRONTE

DELL'AVV. D.r FILIPPO CIRIANI,

CORREDATA D'ANNOTAZIONI

DAL DOTT. NICOLÒ DE VERGOTTINI.

VENEZIA,

DALLA TIP.-EDITR. DI P. NARATOVICH,

prem. di med. aurea ed argentea.

1859.

ROMAN
916.3
CAE

Digitized by Google

For TX
C

L'edizione è sotto la tutela delle leggi, essendosi adempiuto a quanto prescrivono.

Digitized by Google

CENNI BIOGRAFICI

INTORNO A

BARTOLOMEO CIPOLLA.

Bartolomeo Cipolla nacque in Verona nella prima metà del secolo decimoquinto. Appresi in patria gli elementi delle lettere e della filosofia, passò a studiare le leggi in Bologna, ov' ebbe a maestro il celebre Paolo di Castro.

Insignito della laurea tornò in patria e vi esercitò per alcun tempo l' avvocatura, finchè, invitato nell' anno 1446 a ripatriare da Pietro Donato vescovo di Verona, ebbe da lui l' incarico di spiegare nei giorni festivi il decreto della immunità ecclesiastica. Nel 1450 sembra essere stato professore nella università di Ferrara, e nel 1458 venne nominato lettore ordinario di diritto canonico in quella di Padova, ov' ebbe a competitore l' illustre Alessandro Tartagni d' Imola, dottore in ambi i diritti, il quale insegnava pure il gius pontificio. Nel 1466 fu chiamato in Roma all' ufficio di avvocato concistoriale, ma poco appresso fece ritorno in Padova, ove nel 1470 teneva la seconda cattedra di diritto civile, e quattro anni dopo fu promosso alla prima.

772521

Digitized by Google

Inviato nel 1471 dalla Repubblica veneta unitamente al patrizio Paolo Morosini alla Dieta di Ratisbona, vi fu onorato dall' imperatore Federico del titolo di cavaliere.

Le notizie storiche più avverate il fanno morto nel 1477. Il Panciroli, il Facciolati, Scipione Maffei nella *Verona illustrata* e Girolamo Tiraboschi nella *Storia della letteratura italiana*, parlano del Cipolla con parole di grande encomio. Il primo degli accennati scrittori il dice superiore, per dottrina ed eccellenza d'ingegno, a tutt' i giureconsulti del suo tempo.

I trattati intorno alle leggi da lui composti furono staccatamente pubblicati più volte, finchè nel 1570 se ne fece in Lione una compiuta raccolta. Abbiamo eziandio parecchie edizioni del pregevole trattato dei *Consigli civili e criminali*, il quale venne accresciuto del libro secondo e arricchito d'illustrazioni dal giureconsulto veronese Donato Salutello, e nel 1589 messo a luce in Verona.

L'opera principale lasciataci dal Cipolla e che può essere consultata utilmente anche ai dì nostri dagli studiosi, è certamente quella intitolata: *De servitutibus urbanorum et rusticorum praediorum*, della quale si sono fatte varie edizioni, e che nel secolo scorso fu recata altresì nell' idioma italiano.

Alla ristampa della mentovata opera, da me intrapresa per consiglio del valentissimo giureconsulto Nicolò dott. Vergottini, testè rapito all' onore della scienza e d'Italia, venne aggiunta una nuova versione, eseguita con molta accuratezza dall'avvocato Filippo d.r Ciriani. Le illustrazioni del Vergottini, che per le speciali cognizioni che egli aveva nell' argomento riuscirono al fermo uno dei suoi più pregiati lavori, sono rivolte a rendere il libro del Cipolla di pratica utilità legale. Esse infatti vi aggiungono la parte di scienza storica che mancava dal tempo dell'autore sino a' dì nostri. I riscontri poi che il commentatore introduce nelle trattazioni delle singole parti dell'opera

Digitized by Google

tra le dottrine antiche riferite dal Cipolla e i dettami contenuti nei Codici francese ed austriaco, ravvicinano la prisca alla nuova giurisprudenza, e fanno del suo lavoro uno dei più ragionati e compiuti trattati che nella materia delle servitù prediali siano usciti finora in Italia.

Venezia, novembre 1859.

IL TIPOGRAFO EDITORE.

Digitized by Google

Digitized by Google

TRATTATO

DELLE

SERVITÙ PREDIALI SÌ URBANE E SÌ RUSTICHE

DI BARTOLOMEO CIPOLLA.

PROEMIUM.

Qui alicujus *artis vel doctrinae scientiam profitentur, duo in primis memoriae debent quaerere. Primum recte docere: quo vix quicquam adeo utile sibi et auditoribus inveniri aut esse potest. Alterum est scribere, et quod vigilando longo tempore didicerint, id elaboratum et perfectum in scriptis edere. Sed hoc ultimum utilissimum semper esse existimant: praesertim, quia pluribus atque saepius communicari potest. Quod enim voce tradit, soli auditores, et una tantum aetate, et eo solum tempore, quo traditur, intelligere possunt: ac id etiam saepenumero ex eorum memoria delet oblivio: scripta vero quae magis digesta esse solent, donec reperiuntur omnes omnique tempore et habere et legere possunt. Praeterea ego* Bartholomeus Cae-

PROEMIO.

Quelli che professano scienza in alcun'arte o dottrina, a due cose anzitutto deono rivolgere la loro mente. La prima è bene insegnare: nel che appena può trovarsi od esservi alcuno che a sè stesso ed a coloro che l'ascoltano utile veramente riesca. La seconda è lo scrivere: e ciò che lungamente vegliando impararono, ben digerito e perfetto pubblicare ne' libri. Ma quest' ultima parte è sempre reputata utilissima, precipuamente perchè a molti e più spesso può il sapere in tal guisa venire comunicato. Avvegnachè ciò che a voce si dice, dagli uditori soltanto, e in quella sola età ed in quel tempo può essere inteso, ne'quali viene pronunciato: ed inoltre l'oblio può sovente cancellarlo dalla loro memoria; ma gli scritti, che sogliono essere meglio

Digitized by Google

scribere, et quod diu legendo consecutus sum, id auditoribus meis pro communi utilitate literis tradere, laborandum esse putavi. Nec unquam libellum, de quo jam ab alio scriptum reperiatur, scribere volui, licet nonnulli quibusdam additis et detractis id facere consueverunt: sed ea tantum de re pro fructu majori, de qua nemo unquam tractatum aut libellum, quem sciverim, scripserit. Cum igitur nullus jurisconsultorum nostrorum hactenus librum de servitutibus composuerit: et subtilis admodum atque utilis sit, ac etiam in foro quotidie versetur, opusculum quoddam de ipsis tam urbanis quam rusticis in hoc putavi gymnasio, in quo publice lego jura civilia, pro omnium utilitate scribere, et auditoribus meis, qui hoc a me saepissime quaesierunt, in scriptis edere, in animo constitui. Quod opus duobus Tractatibus, uno de urbanis, altero de rusticis servitutibus dividitur atque conficitur. In eo tractantur quaestiones, in primis quotidianae et admodum utiles: et quod variis in locis sparsim et perfecte de hac materia scribitur, hoc brevi opusculo perfecte simul ordinateque scriptum reperietur: adeo ut omnes facillime quaestiones invenire, et inventas intelligere, ac decidere possint. In primo Tractatu de quibusdam hujus necessario tractabimus, quae servitutibus, tam rusticis quam urbanis simul conveniunt: deinde de ea solum disputabimus, quae de urbanis servitutibus dicuntur. In secundo vero Tractatu de his agetur, quae rusticas tantum servitutes comprehendunt.

iscrivere qualche cosa, e ciò che per lunga lettura acquistai scritto consegnare ai miei uditori per comune vantaggio. Nè mai volli comporre libro che da altri antecedentemente compilato si rinvenisse, benchè alcuni, in parte aggiungendo, in parte levando, abbiano costumato di ciò fare; ma sì deliberai per maggiore utilità trattare di quelle cose, intorno le quali nessuno, ch'io sappia, abbia mai scritto alcun trattato od opuscolo. Poichè adunque nessuno de'nostri giureconsulti ha finora composto un libro sulle servitù, e poi che questa materia è oltremodo sottile e proficua e di quotidiano uso nel foro, risolsi di scrivere pel vantaggio di tutti in questa università, nella quale pubblicamente leggo diritto civile, un'opericciuola sopra le servitù così urbane come rustiche, e divisai di pubblicarla pe' miei uditori che spessissime fiate me ne richiesero. La quale opera in due libri è disposta: il primo delle servitù urbane, il secondo delle rustiche. In essa sono principalmente trattate quistioni di ogni giorno ed utilissime; e ciò che su tale materia in varii luoghi sparsamente e perfettamente si vede scritto, in questo breve opuscolo si troverà compiuto insieme ed ordinato: così che tutte le quistioni facilissimamente rinvenire si possano e, rinvenute, intenderle e giudicarle. Nel primo libro tratteremo necessariamente di alcune cose che tanto alle servitù urbane quanto alle rustiche sono comuni; poscia verseremo su quelle soltanto che alle urbane s'addicono. Nel secondo libro poi tratterassi di ciò che riguarda esclusivamente le servitù rustiche.

Digitized by Google

CAPUT I.

DE SERVITUTE PERSONALI.

I. *Servitus personalis quae dicatur.* — II. *Servitus quo jure introducta fuerit.* — III. *Servitus propter peccatum ortum habuit.* — IV. *Bello capti inter Christianos servi non efficiuntur.*

Necessarium est, sicuti polliciti sumus, ut prius quaedam videamus, quae servitutibus communia sunt: quo facilius intelligi possint in hoc libro de servitutibus quae scribuntur. Servitutum tria sunt genera: quaedam enim sunt servitutes personales: quaedam reales, et quaedam mixtae.

I. *Servitus personalis* (*) *dicitur illa, quae debetur a persona personae* (1): *et dicitur mere personalis* (2). *Et isto sic diffinitur: Servitus est constitutio jurisgentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur* (3), *et de hac diffinitione videtur, quod servitus mere personalis sit inventa de jure gentium* (4). *Sed in contrarium videtur, quod imo sit inducta de jure naturali per ebrietatem:* (**) *quià non esset hodie servitus, si ebrietas non fuisset* (5). *Nam Noe primo vineam plantavit: bibensque primo vinum, inebriatus est: et cum Cham vidisset pudibunda patris sui Noe*

CAPO I.

DELLA SERVITU' PERSONALE.

I. Quale si dica servitù personale. — II. Per quale diritto sia stata introdotta la servitù. — III. La servitù trasse origine dal peccato. — IV. I prigionieri di guerra non divengono schiavi presso i Cristiani.

È necessario, siccome abbiamo promesso, che anzitutto conosciamo alcune cose che sono comuni alle servitù, onde più facilmente si possano intendere quelle che si trovano scritte in questo trattato. Tre sono i generi delle servitù; imperciocchè alcune sono personali, altre reali ed altre miste (*a*).

I. Servitù personale (*) si dice quella che è dovuta da una persona ad un'altra e si chiama meramente personale. Essa poi così si definisce: servitù è una costituzione del diritto delle genti per la quale alcuno contro natura soggiace all' altrui dominio; e per questa definizione sembra che la servitù meramente personale sia stata introdotta per diritto delle genti. Ma in contrario apparisce ch' ella sia sorta pel diritto naturale in forza dell' ubbriachezza (**): perchè non vi sarebbe oggigiorno servitù se l' ubbriachezza non fosse stata. Conciossiachè Noè per la prima volta piantò la vite e bevendo per primo il vino s' inebbriò; e Cam, vedendo denudate le parti

Digitized by Google

denudata, non cooperuit: imo vocatis fratribus ea deridendo patrem ipsis ostendit: qui statim patris pudibunda cooperuerunt. Et cum Noe hoc postea intellexisset, non Cham, sed Chanaam ejus filio maledixit, dicens: Maledictus Chanaam puer, servus erit fratribus suis (1).

II. *Et propterea dicitur servitus inducta a jure naturali: quia incepit a Noe propter ebrietatem, et hoc voluit glos.* (2), *quae dicit, quod servus oritur ab ebrietate, et nihil allegat: sed eam intellige (ut supra dixi). Dixit etiam Philosophus* (3), *quod aliquis potest esse servus naturaliter* (4). *Quidam voluerunt, quod servitus sit inducta ex praescriptione septennii* (5). *Alii vero dicunt, quod servitus est de jure civili* (6); *item quod est de jure canonico* (7). *Sed illa jura quae videntur contraria possunt intelligi secundum gl.* (8), *hoc modo videlicet, quod servitus dicatur inventa de jure naturali tempore Noe, per jura supra allegata ad hoc: sed de jure gentium et civili fuit confirmata: et postea de jure canonico, et sic servitus inventione seu origine est de jure naturali: confirmatione potest dici de jure gentium, civili et canonico. Secundo modo possunt concordari: videlicet, quod servitus sit inventione de jure gentium, et de jure naturali secundario, quod etiam jus gentium appellatur* (9), *sed confirmatione est de jure civili et canonico* (10). *Ad idem allego, quod de matrimonio* (***) *dicitur* (11). *Tertio modo alii concordant: quia dum dicitur, servitus est de jure naturali, tempore Noe inducta, non intelligitur de servitute, qua quis liber esse desinat: quia de jure naturali omnes homines liberi nascebantur: nec tunc servitus erat cognita* (12). *Sed intelligitur de servitute, qua quis subjici-*

genitali del padre suo, non solo non le cuoprì, ma anzi, chiamati i fratelli, ad essi additolle deridendolo: i quali ben tosto le ricopersero. Donde avvenne che, udita Noè questa cosa, invece di Cam, maledisse Canaan di lui figlio, dicendo: Maledetto il fanciullo Canaan! ei sarà servo de'suoi fratelli!

II. E per ciò la servitù si dice introdotta dal diritto naturale, perchè cominciò con Noè mediante l'ubbriachezza; e in questo si accorda la glossa, la quale reca che lo schiavo originò dall'ubbriachezza, e niente allega di più; ma devi interpretarla come esposi più sopra. Disse eziandio Aristotele che alcuno può essere schiavo naturalmente; ed alcuni opinarono che la servitù tragga origine dalla prescrizione del settennio (*b*). Altri poi dicono che la servitù è di diritto civile; ed altri pure ch'è di dirittto canonico. Ma que' diritti, che sembrano cozzare fra loro, possono intendersi secondo la glossa, cioè in questo modo: che in virtù dei medesimi la servitù si dica sorta per gius di natura al tempo di Noè, ma confermata poscia dal gius delle genti e dal civile, e finalmente dal diritto canonico. E però la servitù è di gius naturale per la sua invenzione ed origine, e può dirsi di diritto delle genti, civile e canonico per la sanzione. In altra guisa eziandio possono que' diritti accordarsi; cioè, che la servitù sia, quanto all'origine, prima di gius delle genti, poscia di gius naturale inferiore, il quale pure si appella diritto delle genti; ma rispetto alla sanzione sia di gius civile e canonico. A questo aggiungo quanto vien detto intorno al matrimonio (***). Altri li concordano in una terza maniera: perchè mentre si dice che la servitù è di diritto naturale, introdotta al tempo di Noè, non s'intende parlare di quella per la quale alcuno cessa d'esser libero; imperciocchè pel gius di natura tutti gli uomini nascevano liberi, ned era conosciuta in allora la schiavitù. Ma s'intende discorrere di quella in virtù della quale alcuno è soggetto al

(1) *Et hoc habetur Genes. 9. Et est text. cum glos. 1. quaest. 4. § is ita, versic. item Cham, et 23, quaest. 3. § sed qui, vers. item Noe, et ibi. glos. et 2. quaest. 1. qualis, et ibi Archid. in c. sententia. et 6. quaest. 5. de crimine, in fin. et in dict. v. santo*

(6) *Ut Instit. de his qui sunt sui vel alieni iur. § fin. et hoc not. glos. Instit. de iure person. § 1.*

(7) *Ut in c. cum multa, 15. quaest. ult. in c. ita quorundam, de Judaeis, et ibi hoc nat. per glo. et Dd.*

Digitized by Google

tur regimini alterius, sicut insipientes prudentibus, vel subditi dominis: isti tamen subditi liberi sunt (1), *et dicuntur servi, id est, servientes: et illa fuit introducta de jure gentium: quia utile est homini imperito ut regatur a perito: et secundum hoc habita ratione ad utilitatem, potest dici, quod fuerit introducta jure naturali* (2): *et de ista servitute intellexit Philosophus* (3), *sed postea dicit, quod servitus est inventa de jure gentium, intelligitur de servitute, qua quis liber esse desinit: quae quidem servitus est approbata de jure civili et canonico, ut dixi.*

III. *Quarto modo alii concordant, quod sex modis est inducta servitus. Primo est una servitus quae ortum habuit propter peccatum: et haec dicitur inventa de jure divino: quia peccans servus est peccati, tam in poena, quam in culpa* (4), *et ab ista servitute liberati sumus per incarnationem Domini nostri Jesu Christi: quoniam eramus servi propter peccatum primi parentis* (5). *Secundo, servitus etiam habuit ortum propter ebrietatem* (6). *Tertio est introducta propter bella, quando hostes capiuntur in bello justo* (7).

IV. *Sed inter christianos de consuetudine non servatur, ut capti in bello efficiantur servi capientium* (8). *Quarto est de jure civili* (9), *et licet quidam addant alium modum, videlicet ex voluntate hominis, quae inducitur quando quis patitur se venumdari ad pretium participandum* (10), *ista tamen dicitur esse de jure civili* (11), *et est in effectu una et eadem cum praecedenti. Quinto de jure canonico, quae habuit ortum a delicto ecclesiastico, ex quo aliquando quis sit servus de jure canonico* (12), *derogatum est illi c. contraria consuetudine. Sexto et ultimo propter mortem Christi* (13), *magis est servitus confirmata, et nos liberi facti sumus* (14). *Et sic ex praedictis patet, quod diversis respectibus potest dici,*

(1) *L. fin. C. de seri. fug.*
(2) *Ut dicit do. Dominicus de S. Gemin. in d. c. ius gent.*
(3) *1. Politic.*
(4) *Ut est text. 2. q. 7. § quia ergo.*
(5) *Ad Galat. 4. et habetur 12. q. 2. cum redemptor.*
(6) *Ut 35. dist. sexto die.*
(7) *Ut d. 8. manumis. et d. v. ius gentium.*

regime altrui, come gl' idioti ai sapienti ed i sudditi ai sovrani (questi sudditi però sono liberi e tuttavolta si appellano servi, cioè a dire servienti): e tale servitù fu introdotta per diritto delle genti, per ciò che giova all' inesperto essere governato da chi sa; e giusta questa interpretazione, avuto riguardo al vantaggio che ne ridonda, può dirsi che sia stata introdotta pel gius naturale. E di tale servitù intese favellare Aristotele, benchè poscia soggiunga che la servitù scaturisce dal diritto delle genti, e voglia alludere a quella per la quale alcuno cessa d' essere libero: la quale servitù è pure approvata, come dissi, dal gius civile e canonico.

III. Altri concordano que' diritti in un quarto modo, e dicono che per sei guise diverse la servitù ebbe principio. Primieramente v' ha una servitù che trasse origine dal peccato; e questa si reputa introdotta per diritto divino, essendochè il peccatore sia servo del peccato sì nella pena e sì nella colpa; e da questa servitù fummo liberati mediante l' incarnazione di nostro signor Gesù Cristo, poichè eravamo schiavi pel peccato originale. Secondamente, la servitù nacque inoltre dall' ubbriachezza. In terzo luogo sorse in forza della guerra; perchè i nemici presi in guerra giusta si fanno schiavi.

IV. Ma fra' cristiani non vige la consuetudine che i prigionieri divengano schiavi di chi li prese *(c)*. Quarto: ell' è di diritto civile, e, benchè alcuni vi aggiungano un altro modo, cioè, che derivi dall' umana volontà, lo che avviene quando alcuno soffre d' essere venduto per partecipare al prezzo; nondimeno anche questa si dice di diritto civile, ed è in sostanza una e medesima coll' antecedente. Quinto: ell' è pure di gius canonico e trasse origine dal delitto ecclesiastico, in forza del quale talora alcuno diventa servo per tale diritto; ma a ciò fu derogato per contraria consuetudine. Sesto: finalmente per la morte di Cristo la servitù fu viemmeglio raffermata e noi liberati. Per tal guisa dalle cose finora esposte consegue potersi dire:

(8) *Ut not. Bart. in l. hostes, in fin. de capti. et verum dicit.*
(9) *Ut Inst. de iure person. § gentil.*
(10) *L. ut servor. de stat. hom.*
(11) *Ut est text. Instit. de iure person. § serv.*
(12) *Ut est text. 35. q. ult. c. cum multae et v. ita quorundem, extr. de Iudaeis et secundum Raym. de Fan. in d. c. cum multae.*
(13) *Ut in c. si Iudaeos, in fin. de Iudaeis.*
(14) *Ut ibi.*

Digitized by Google

quod servitus sit introducta jure divino, naturali, gentium, civili et canonico. Haec tantum de servitute mere personali diximus: quoniam requirebatur ad declarationem divisionis servitutum: nunc videamus de servitute reali, quae in hoc libro plenius tractabitur.

(*) Servitus. *Adde Corn. cons.* 154. *in* 2. *vol.*
(**) Ebrietatem. *Adde Joannem Chrysost. homil.* 54. *incip.* Mala res est, *etc.*
(***) Matri. *Adde Alex. de Imol. cons.* 97. *in* 1. *vol. in penult. colum. in fin., et an inter servos possit esse matrimonium, et quomodo.*

che per diversi riguardi la servitù sia stata introdotta per diritto divino, naturale, delle genti, civile e canonico. Queste cose soltanto dicemmo intorno alla servitù meramente personale, poichè abbisognavano a spiegare la divisione delle servitù *(d)*: ora parliamo della servitù reale, la quale in quest' opera sarà trattata più pienamente dell'altra.

(*) *Servitù.* Aggiungi Corneo, cons. 154.
(**) *Ubbriachezza.* Aggiungi Giovanni Crisostomo, omelia 54, che comincia *Mala res*, etc.
(***) *Matrimonio.* Aggiungi Alessandro da Imola, cons. 97, vol. 1.°, col. pen. in fine; e se tra' servi possa contrarsi matrimonio.

AVVERTENZA PRELIMINARE

ALLE ANNOTAZIONI DEL DOTTOR NICOLÒ DE VERGOTTINI.

Incomincio le mie annotazioni. Possano esse meritare la indulgenza degli uomini intelligenti e discreti. Sono osservazioni dettate di mano in mano che progredisce la mia lettura dell' autore. Sono impressioni causatemi, idee destatemi da quella lettura. Non ponno avere l'ampiezza di un trattato, l'ordine, la concatenazione delle parti di esso. Eppure pel Regno Lombardo Veneto, secondo la opinione anche di valenti giureconsulti, occorrerebbe, in riguardo alle servitù prediali per le speciali esigenze del Regno a fronte dell'attuale legislazione, uno speciale trattato. Bei lavori su tale argomento pubblicati oltremonti sono forse per noi insufficienti. Ma un trattato sarebbe acqua troppo vasta su cui potesse alzare le vele la piccola navicella del mio ingegno. Essa farebbe naufragio prima di toccare il porto. Mi limito dunque ad osservazioni. Ed anche qui mi sieno il vento ed il mare tranquilli onde io non corra pericolo di naufragare.

ANNOTAZIONI AL CAPO I.

(*a*) Questa divisione delle servitù in personali (meramente), reali e miste non regge per noi. Pel § 46 del Codice civile austriaco non è tollerata in questi Stati la servitù meramente personale, ossia la schiavitù, per la quale un uomo è proprietà di un altro uomo. Il sommo Imperante ha sudditi: nessuno ha schiavi. Abolita così la schiavitù, anche le signorie fondiarie nelle vecchie provincie austriache quando esercitavano giurisdizione avevano sudditi soltanto. E se prima delle nuove leggi sull' esonero del suolo, quei sudditi di signorie dovevano ai proprietarii dei beni signoriali prestazioni anche di servigii personali, le dovevano pel vincolo di sudditanza sostituito alla schiavitù.

Non havvi dunque più servitù meramente personale. Pel § 308 del Codice civile austriaco il diritto di servitù è uno dei diritti reali sulle cose. Pei §§ 472-474, 478 le servitù che il nostro autore chiama reali sono prediali: quelle che chiama miste sono personali. Prediale è la servitù imposta su un fondo a vantaggio di un fondo altrui. Personale quella imposta sulla cosa di una a vantaggio di altra persona.

Il Codice Napoleone non riconosce altra servitù che la prediale. Essa per l' art. 637 è imposta su un fondo per uso ed utilità di un fondo altrui. L'articolo 686 vieta di stabilire sui fondi servitù imposte alla persona od a benefizio della persona. Chiedesi se così abbia voluto vietare a benefizio delle persone i diritti di usufrutto, di uso, di abilitazione sui fondi altrui, diritti che il Codice austriaco qualifica servitù personali. No certo: perchè il Codice Napoleone contempla quei diritti. Soltanto non li ammette come servitù o, a dir meglio, sotto il nome di servitù. Quel Codice poi non solo limitò le servitù ai fondi per uso

Digitized by Google

e vantaggio di altri fondi, ma dichiarò perfino all'articolo 638, ch'esse non inducono preminenza di un fondo sull'altro.

(*b*) Credo che parlando della prescrizione del settennio il nostro autore alluda alle leggi degli antichi Ebrei. Per esse la schiavitù di un Israelita verso altro Israelita durava sei anni: cessava al settimo senza riscatto. (Pastoret, Storia della legislazione, vol. primo, pag. 431. Venezia, Gondoliere, 1839. Merlin, Repertorio di giurisprudenza, voce Schiavitù). Se la schiavitù durava così per disposizione di legge sei anni e cessava al settimo, questa prescrizione del settennio provava la esistenza, e per la esistenza la origine della schiavitù.

(*c*) Per le leggi di guerra delle nazioni selvaggie i prigionieri fatti appunto in guerra sono posti a morte. Nelle nazioni più colte dell'antichità fuvvi l'uso di farli schiavi. A quell'uso subentrò quello del riscatto che continuò durante le guerre feudali del Medio Evo. L'uso presente di scambiare i prigionieri non fu validamente stabilito in Europa, che verso il secolo XVII. Quell'uso non è obbligatorio per le nazioni che preferiscono di ottenere riscatto pe' prigionieri che han fatto, e che preferiscono di lasciare quelli che furono fatti su esse al nemico fino a guerra terminata. Gli scambii sono regolati da convenzioni fra gli Stati in guerra. Talora ai prigionieri di guerra per capitolazione permettesi il ritorno al loro paese sotto condizione di non più servire durante la guerra o fino allo scambio. Sotto tale condizione gli uffiziali vengono spesso lasciati in libertà. (Wheaton, Elementi di diritto internazionale, Lipsia e Parigi, Brockhaus, 1848, vol. II, pag. 3).

(*d*) Tutto ciò che in questo capitolo l'autore dice sulla schiavitù serve ad erudizione soltanto. Infatti nell' Impero austriaco non havvi schiavitù. Dunque inutile cercare per usi pratici dell' origine di essa. Però alcuni cenni sulle fasi dell'abolizione della schiavitù in Austria non saranno forse discari ai miei lettori.

Nel 1781 e nel 1782 l'imperatore Giuseppe II abolì là dove esisteva ne' suoi Stati la schiavitù. La abolì cioè in Boemia colla Patente 1.° novembre 1781; nella Gallizia orientale colla Patente 5 aprile; in Carintia con quella del 12 luglio; in Carniola con quella del 13 settembre; nei paesi austriaci detti *Vorlanden*, che abbracciavano i circondarii giurisdizionali dei Tribunali di Appello dell' Austria superiore ed inferiore colla Patente 20 dicembre 1782.

Alla schiavitù sostituì una moderata sudditanza nelle signorie.

Ogni suddito, previo avviso ed avutone riscontro dalla sua superiorità fondiaria, potè incontrare matrimonio.

Potè, osservate le leggi sulla coscrizione militare, e previa licenza, andarsene dalla sua signoria in qualunque luogo dello Stato.

Potè apprendere ad arbitrio arti e mestieri e cercare ove li trovasse mezzi di guadagno.

Fu liberato dell'obbligo di prestare alla sua signoria i servigii detti di *Corte*. Ad essi, là dove n'era costume, rimasero obbligati, ma non oltre ad un triennio gli orfani di ambi i genitori onde compensare la superiorità pel gratuito esercizio su essi dell'uffizio di giudice pupillare.

Continuarono, ma senza poter essere aumentate, le prestazioni personali pecuniarie e di generi già determinate da apposite leggi e dovute dai sudditi pei beni signoriali.

L'abolizione della schiavitù non tolse la ubbidienza alle autorità.

Il suddetto Imperatore nel Capitolo II, Parte I, § 1 del suo Codice civile del 1786 confermò l'abolizione della schiavitù. Dichiarò infatti godere ogni suddito dello Stato senza distinzione, sotto la protezione e direzione della legge, piena libertà.

Quella conferma, sebbene non espressa in tal modo, si può però desumere dal § 29 della Parte prima del progetto di Codice civile dell' imperatore Leopoldo II. Ivi infatti tentossi di enumerare i diritti innati dell'uomo. E in que' diritti, di conservare la propria vita, di procurarsi il necessario ad essa, di migliorare le proprie forze fisiche ed intellettuali, di difendere le cose proprie, la sua buona fama e di disporre liberamente del suo, dichiarati innati, sta implicitamente la libertà contraria alla schiavitù.

A quel progetto diede forza di legge per la Gallizia occidentale o di nuovo acquisto l'imperatore Francesco II colla Patente 13 febbraio 1797. Esistendo ivi ancora la schiavitù la tolse colla sua Patente 17 gennaio 1799. Quando però l'aulico Decreto del 18 novembre 1797 pubblicò come legge quel progetto nella Gallizia orientale o di vecchio acquisto, ivi non esisteva schiavitù, perchè già tolta espressamente colla Patente 5 aprile 1782.

Digitized by Google

Abolita così essa negli Stati austriaci, i §§ 78, 79 della prima Parte del Codice penale del 1803 dichiararono e punirono come delitto di pubblica violenza l'impedimento arbitrario all'esercizio della libertà personale.

Ed il § 16 del Codice civile del 1811 dichiarò non tollerarsi nei nostri Stati la schiavitù o proprietà sull'uomo e l'esercizio della podestà ad essa relativa.

La sovrana Risoluzione poi del 25 giugno 1826 dichiarò libero ogni schiavo al momento in cui tocca il territorio, od un naviglio austriaco, al momento in cui all'esterno è rimesso come schiavo ad un suddito austriaco.

Qualificò reo di violenza pubblica:

Il suddito austriaco che impedisca ad uno schiavo l'esercizio della sua personale libertà;

Quello che lo rivenda come schiavo all'interno od all'esterno;

Il capitano (o padrone) di un naviglio austriaco che ne assuma il trasporto o che impedisca allo schiavo giunto sul suo naviglio l'uso di quella libertà.

La pena fu da 1 a 5 anni: nel caso di traffico continuato di schiavi fino ai 10, e concorrendo speciali circostanze aggravanti fino ai 20 anni di carcere duro.

Quell'Austriaco poi che in altro modo viola la libertà di uno schiavo è soggetto alle pene per tali casi portate dalla parte prima del Codice penale.

Tutto ciò applicasi anche ai prigionieri di guerra, che i belligeranti trattano come schiavi.

Lo straniero che nello Stato o su un naviglio austriaco commette contro schiavi il delitto di pubblica violenza è punito come il nazionale.

Commesso da lui il delitto all'esterno e colto in Austria si arresta e se ne offre la consegna allo Stato ove il commise. Rifiutando questo di accettarlo, si procede contro il reo secondo la legge austriaca. Alla condanna è sempre unito il bando dopo scontata la pena. È punito secondo la legge del luogo del delitto se più mite dell'austriaca.

Pel Decreto dell'aulica Cancelleria 19 aprile 1839, Maomettani giunti con ischiavi ai confini austriaci, sono avvertiti al confine di terra dagli uffizii doganali, a quello di mare dagli uffizii di sanità delle leggi austriache sugli schiavi. Ciò fatto ponno o rimetterli all'esterno, od assoggettarsi ad esse.

Col trattato internazionale sull'abolizione del traffico degli schiavi africani del 20 dicembre 1841, le ratifiche del quale furono scambiate nel 24 gennaio 1842, anche l'Austria obbligossi a proibire ogni traffico di schiavi fatto o da sudditi o sotto bandiera o con capitani austriaci, ed a dichiararlo pirateria. Dichiarò perdere la protezione della propria bandiera ogni naviglio austriaco che tentasse quel traffico.

I §§ 37, 39, 40, 95 della prima parte del nuovo Codice penale del 1852 riferendosi al § 16 del Codice civile ripetono nel loro essenziale le disposizioni della sovrana Risoluzione del 25 giugno 1826.

Finalmente ora non esiste più nemmeno quella moderata sudditanza che Giuseppe II sostituì nelle signorie alla schiavitù.

Infatti una Patente imperiale del 31 dicembre 1851 confermò la eguaglianza in faccia alla legge di tutti i cittadini dello Stato. Confermò l'abolizione, verso equo compenso seguita per leggi speciali, di ogni vincolo di sudditanza e di gleba nelle suddette signorie e di ogni prestazione congiuntavi.

Ed i principii fondamentali per le instituzioni organiche dell'Impero emanati nel suddetto giorno tolsero alle signorie anche ogni giurisdizione politica e giudiziaria. E l'una e l'altra sono ora esercibili dallo Stato soltanto. La prima da impiegati dal sovrano dipendenti; la seconda da giudici in nome di esso. Specialmente i §§ 4 e 17 di que' principii lo provano.

Digitized by Google

CAPUT II.

DE SERVITUTE REALI.

I. *Servitus realis quae dicatur.* — II. *Predii nomen immobilia tantum complectitur.* — III. *Servitus realis definitio quaenam sit.* — IV. *Servitus quaedam qualitas est, non autem substantia.* — V. *Servitutes reales vel praediales quando sint, quomodo cognoscantur.* — VI. *Actio personalis fundum non sequitur.* — VII. *Concessionis verba quando sonant in ius, quae servitus elicatur.* — VIII. *Concessio quae in ius sonat, quando est respectu incerti sed certificandi per eum cui fit, qualis servitus colligatur.* — IX. *Colligere pomum ex arbore mea, vel ex cisterna mea aquam haurire, an servitus personalis esse dicatur.* — X. *Iuri dictio et multa alia incorporalia quae personae, et non rei debentur, et haeredem transeunt.* — XI. *Intelligere an aliqua servitus sit realis, vel personalis, quae utilitas sequatur.* — XII. *Actio confessoria datur contra quemlibet impedientem, vel turbantem, ubi servitus existat.* — XIII. *Servitus realis active et passive ad haeredes transfertur.*

Realis dicitur (*) *illa, quae debetur a re rei, sicut est servitus urbana et rustica: quia non debetur personae, sed praedio* (1). *Et propterea libellus et sententia debent ferri in praedio, non in persona* (2), *de quo dicendum est, ut dicam infra, ubi de libello et servitutum sententia tractabimus.*

I. *Et est advertendum, quod ista servitus, quam realem esse dicimus, non solum realis est, ut dicitur* (3), *sed etiam*

CAPO II.

DELLA SERVITU' REALE.

I. Quale si dica servitù reale. — II. Il nome di predio abbraccia solamente le cose immobili. — III. Quale sia la definizione della servitù reale. — IV. La servitù è una certa qualità, non però una sostanza. — V. In qual modo si conosca quando vi sieno servitù reali o prediali. — VI. L' azione personale non persegulta il fondo. — VII. Quale servitù s' intenda esservi allorquando le parole della concessione suonano in diritto. — VIII. Quale servitù s' intenda esservi allorquando la concessione che suona in diritto sia fatta con riguardo dell' incerto, ma altresì con quello che sia accettata da colui al quale è fatta. — IX. Se si dica essere servitù personale il raccogliere frutta del mio albero od attingere acqua dal mio pozzo. — X. Della giurisdizione di molte altre cose incorporali che sono dovute alla persona, e non alla cosa, e trapassano all' erede. — XI. Quale utilità provenga dall' intendere se una servitù sia reale o personale. — XII. — L' azione confessoria si dà contro chiunque impedisca o turbi, quando esiste una servitù. — XIII. La servitù reale viene trasmessa agli eredi attivamente e passivamente.

Servitù reale (*) si dice quella ch'è dovuta da una cosa ad un' altra, come la urbana e la rustica; perchè non è dovuta alla persona, ma sì al fondo. Per la qual cosa il libello e la sentenza debbono riguardare il fondo e non la persona; intorno a che è da dirsi come dirò più innanzi quando tratterò del libello e della sentenza nelle servitù.

I. E deesi avvertire che questa servitù che appelliamo reale, non solo è reale, come si dice, ma si chiama altresì predia,

Digitized by Google

praedialis appellatur ut dixit Azo in Summa (1), *quod melius dicuntur praediales, quam reales, quia rei appellatio est nimis larga, complectens et mobilia et corporalia* (2).

II. *Praedii vero nomen immobilia tantum complectitur* (3). *Tu dic, bene jurisconsultum dixisse* in t. 1. ff. de servit. *dum appellat servitutes reales, ad differentiam personalium, ut ibi dicitur: tamen istae reales etiam dicuntur praediales* (4), *quia sine praedio esse non possunt* (5). *Haec servitus realis seu praedialis distinguitur: quia una est urbana* (6), *et rustica* (7). *Diffinitur autem illa servitus realis seu praedialis pluribus modis, licet Barthol. dixerit* (8), *quod ejus diffinitionem non reperierit.*

III. *Primo secundum Odofredum sic diffinitur: servitus realis est quoddam onus a praedio debitum, vel a re rei legitime constitutum. Vel secundo, est jus quoddam introductum quo praedium praedio servit* (9). *Tertio, secundum Baldum, servitus est accidentalis habitudo et extrinseca qualitas praedii* (10). *Ita dicit Baldus* (11), *et hanc sentit Azo* in summa Inst. de serv. *ubi dicit, quod servitus potest dici habitus praedii. Sed certe ista potius est quaedam descriptio, quam diffinitio. Quarto, secundum Azo,* in loco primo allegato, *potest diffiniri ad similitudinem servitutis personalis, qua homo fit servus hominis: ut sicut illa dicitur constitutio jurisgentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur,* ut dictum est supra in princ., *ita et ista dicitur constitutio, qua domus domui, et rus ruri subjugatur. Quinto aliter diffinitur secundum Barthol.* (12) *hoc modo: servitus est quoddam jus praedio inhaerens, et ipsius utilitatem respiciens, et alterius praedii jus sive libertatem diminuens. Quod autem ista diffinitio juri in omnibus conveniat,*

le, come disse Azzone nella Somma, che si dicono prediali meglio che reali perchè la parola *res* è troppo larga ed abbraccia sì le cose mobili e sì le corporali (*a*).

II. Invece il nome di *predio* comprende soltanto gl' immobili. Tu di' che il giureconsulto s' espresse bene nelle leg. 1. *ff. de servit.* chiamando reali le servitù per distinguerle dalle personali, com' ivi è detto; nondimeno le reali s' appellano anche prediali, perchè senza fondo non possono esistere. Questa servitù reale, o prediale, poi si distingue; imperciocchè una è urbana ed una è rustica; e si definisce in più guise, quantunque Bartolo abbia detto che non gli fu possibile di trovare la sua definizione.

III. Primieramente secondo Odofredo si definisce così: La servitù reale è un certo peso dovuto dal fondo ovvero legittimamente stabilito da una cosa sopra un'altra. Oppure in secondo luogo: è un certo diritto introdotto, pel quale un fondo serve ad un altro. Terzo: secondo Baldo, la servitù è un' abitudine accidentale ed un' estrinseca qualità del fondo. Così dice Baldo e così pure opina Azzone nella Somma *Inst. de serv.*, dove dice che la servitù può appellarsi un abito del fondo. Ma veramente questa è piuttosto una descrizione che una definizione. In quarto luogo, secondo Azzone nel luogo soprallegato, può essere definita a simiglianza della servitù personale, per la quale l'uomo si fa servo d'altro uomo; onde, siccome quella si appella una istituzione del diritto delle genti, per la quale alcuno contro natura soggiace all'altrui dominio, come fu detto più sopra nel principio; così questa si chiama una istituzione per la quale una casa è soggetta ad un'altra casa ed una villa ad un'altra villa. In quinto luogo, si definisce altrimenti e meglio secondo Bartolo in questo modo: La servitù è un certo diritto annesso al fondo, che riguarda il vantaggio di esso e diminuisce il diritto, o la libertà di un altro fondo. Che poi tale definizione di diritto convenga pie-

Digitized by Google

sic declaratur: *nam dum dicit esse jus, probatur* in l. 1. et l. haec autem jura, ff. de servit. urban. praedior. *et est casus* (1). *Et dicitur jus ad differentiam facti: quia tunc non esset, si factum versaretur, realis sive personalis* (2), *de quo dicendum est, ut statim declarabitur. Ideo dicitur praedio inhaerens et non personae* (3). *Et dicitur inhaerens, quia significat esse quandam qualitatem praedii, non inhaerentem ipsi praedio principaliter, sed accessorie* (4).

IV. *Servitus etenim est quaedam qualitas, non autem substantia* (5), *et hoc vult Bartbol.* in l. 1. in fin. ff. de usufruct. legat.; *de quo etiam vide per Bald.* in l. data opera in 8. colum. C. qui accus. non poss. *Item dicitur praedio inhaerens, ut per hoc significetur servitutem inesse praedio dominanti active* (6), *et praedio servienti passive et privative* (7). *Nam jus praedii servientis non dicitur augeri, sed minui: ideo servitus non est, quantum ad ipsum inesse, sed deesse: sicut si cui destrueretur oculus, non proprie diceretur inesse caecitas, sed prius ei lucem deesse: et licet servitutes non sint in bonis nostris, nec extra bona* (8), *tamen dicitur inesse praedio non principaliter sed accessorie, sicut qualitas inesse subjecto, et hoc modo dicitur esse in bonis nostris, id est in praedio dominante* (9), *de quo vide omnino per Bart.* in l. Maevio § fundo in fin. delegat. 2. *Item dicitur ipsius utilitatem respiciens: quia nisi utilitatem praedii dominantis contineret, non posset constitui servitus* (10). *Item dicitur et alterius praedii jus seu libertatem diminuens, ut probatur* in l. stipulat. ista, § si quid forte, ff. de verb. oblig. *Quandoque tamen libertas servitutum appellatur propter similitudinem, quam habet in quibusdam cum servitute* (11). *Et e contra interdum servitus appellatur libertas, sicut est servire*

namente, lo si dimostra in questa maniera; imperciocchè mentre si dice essere un diritto, le leggi 1. e *l. haec autem jura ff. de servit. urban. praedior.* lo provano, ed è un caso. E si dice *diritto* a differenza del fatto, perchè non sarebbe reale o personale se risguardasse un fatto; intorno a che avverto che subito darò spiegazione. Perciò si dice annesso al fondo e non alla persona. E si dice diritto *annesso*, perchè vuol dire ch'è una certa qualità del fondo, non principalmente ad esso congiunta, ma in modo accessorio.

IV. Conciossiachè la servitù è una certa qualità, non già una sostanza, e ciò pensa anche Bartolo nella legge 1. *in fine ff. de usufruct. leg.*; e circa lo stesso argomento consulta anche Baldo sulla legge *data opera*, nell' 8.ª colonna *Cod. qui accus. non poss.* Del pari si dice *annesso al fondo*, onde significare che la servitù è congiunta attivamente al fondo dominante, passivamente e privatamente al fondo serviente. Imperciocchè il diritto del fondo serviente non si dice accresciuto, ma diminuito; e però la servitù non consiste in ciò che è ad esso inerente, ma in ciò che ad esso manca. Così se ad uno fosse cavato un occhio, non si direbbe propriamente la cecità essere a lui congiunta, ma sì piuttosto mancargli prima la luce. E sebbene le servitù non sieno ne' nostri beni, nè fuori di essi, nondimeno si dicono congiunte al fondo non principalmente, ma in guisa accessoria, come la qualità è inerente al soggetto; ed in questo modo si dicono essere ne' nostri beni, cioè nel fondo dominante: intorno a che vedi interamente quanto dice Bartolo sulla legge *Maevio § fundo in fin. delegat.* Parimenti si dice *risguardante il di lui vantaggio*, perchè la servitù non potrebbe costituirsi ove non comprendesse l' utilità del fondo dominante. In egual modo si dice *che diminuisce il diritto o la libertà* d'un altro fondo, com' è provato dalla legge *Stipul. ista § si quid forte ff. de verb. oblig.* Nondimeno talora la libertà delle servitù così si chiama per la somiglianza che ha in alcuni casi colla servitù. Ed, al contrario, qualche volta la servitù s' appella libertà,

(1) *Instit. de rebus corpor. et incorpor. § fin. et in l. 1. in fin. de reb. dub. ff.*

(7) *Ut in l. 3. de servitut.*

Digitized by Google

Deo, ut not. ibi Paul. de Castr. *Et dicitur in definitione, alterius praedii: quia non posset esse praedium serviens sine praedio dominante* (1). *Item verbum, alterius intelligitur scilicet domini* (2): *et intelligitur etiam: Alterius in totum, vel quandoque pro parte* (3), *et per hoc apparet, quod diffinitio servitutis realis seu praedialis est vera et perfecta, qua etiam tenet et sequitur Flor.* in d. l. 1. de serv. *et communiter ibi sequuntur doctores.*

V. *Sed dubium est: pulchrum, et subtile, quomodo cognoscatur quando sint servitutes reales, seu praediales. In hoc diligenter animadvertendum est: quia multi non intelligunt, et est utile hoc scire propter multa* (4). *Et omissa longa disputatione, quae fieri posset, distinguendo quatuor casus principales, breviter sic dicas: aut concessio sive promissio fit alicujus juris de uno praedio ad aliud, et exprimitur jure servitutis, et verba concessionis sonant in factum, vel non factum: aut non sonant in jus, aut in potentia. Primo casu principali non est dubium, quod est servitus realis et praedialis, per praedicta. Secundo casu principali, quando concessio fit non expresso jure servitutis, et verba sonant in simplex factum, vel non factum: et tunc subdistingue, aut est simplex factum ex parte ejus cui fit concessio: aut ex parte concedentis. Si ex parte ejus cui fit concessio: sonant in factum: puta, concedo tibi ire, agere per fundum meum, vel aream, vel saxum vellere, ista enim verba infinitiva sonant actum: et tunc non est concessio aut servitus realis, seu praedialis, etiamsi facta fuerit occasione praedii: sed est personalis concessio et obligatio* (5), *et ita not. Bart.* in l. pater. ff. de serv. leg. *et Paul. de Castr.* in l. Lucius, de serv. rust. praed. *qui dicit, quod hoc etiam probatur* in l. 2. § item si in facto de verb. oblig. *ubi dicit, quod est stipulatio facti, non donationis, sed si contineret servitutem, diceretur etiam donationis: quia servitus datur, et in alium transfertur, sicut dominium, ad quod etiam vide quod not.* Bart.

(1) *L. 1. com. praed.*
(2) *Ut l. ff. quemad. serv. amit. l. 2. § 1. si serv. vend.*
(3) *Ut habetur in l. pro parte ff. de serv.*

qual è il servire a Dio, come nota Paolo di Castro. E si dice nella definizione, *di un altro fondo*, perchè non potrebbe darsi un fondo serviente senza un fondo dominante. Così pure le parole *di un altro fondo* s' intendono riguardare il padrone di esso e s'intendono ancora così: *di un altro totalmente*, oppure talora *in parte*: e da tutto questo è dimostrato che la detta definizione della servitù reale, o prediale, è vera e perfetta; la quale eziandio è accolta e seguita dal Fiorentino nella legge 1. *de serv.* e comunemente da tutti i dottori (*b*).

V. Se non che è un bello e sottile dubbio il seguente: in qual modo si conosca quando le servitù sieno reali o prediali; sul che v'ha d'uopo di una diligente osservazione, perchè molti non arrivano ad intenderlo e giova saperlo per molte ragioni; ed ommessa ogni lunga discussione che potesse farsi, distinguendo quattro casi principali, così dirai brevemente: o la concessione, ossia promessa di diritto, è fatta da un fondo ad un altro e s' esprime *col diritto di servitù*; o non si esprime col diritto di servitù, e le parole della concessione suonano nel fatto, o nel non fatto; o non suonano in diritto, o nella potenza. Nel primo caso principale non v'ha dubbio ch'ella sia una servitù reale e prediale per le cose anzidette. Nel secondo caso principale, quando la concessione non è data coll' espresso diritto di servitù e le parole suonano o nel semplice fatto, o nel non fatto, ed allora suddistingui: od è un semplice fatto per parte del concessionario, o per parte del concedente. Se dalla parte del concessionario, esse suonano nel fatto, per esempio: io ti concedo di andare e fare pel mio fondo od area, o di scavare sassi; ed allora non è concessione, oppure servitù reale o prediale, quantunque sia stata costituita in riguardo al fondo; ma è invece una concessione ed obbligazione personale. Così nota Bartolo nella legge *pater. ff. de serv. legat.* e Paolo di Castro nella legge *Lucius de serv. rust. praed.*, il quale poi dice che ciò è provato eziandio dalla legge 2 § *item si in facto ff. de verb. oblig.* là ove accenna ch' ell' è stipulazione di fatto, non già di donazione; ma se contenesse una servitù, si direbbe pure di donazione, perchè la servitù si dà e si trasferisce in un altro come il dominio; intorno alla qual cosa vedi ciò che nota Bartolo nella legge 1. § *si*

(4) *Ut in fine huius quaest. dicetur.*
(5) *L. apud Iulian. § si quis alicui; et ibi hoc not. de leg. 1.*

Digitized by Google

in l. 1. § si quis ita eod. tit. *Si vero verba sonantia in simplex non factum, differantur in non factum ex parte concedentis; exemplum, promitto tibi non tenere vel non facere fenestram in pariete meo: et idem, quia non est servitus realis vel praedialis, sed est quaedam obligatio personalis, et ideo si postea alieno fundum meum. emptor poterit tenere vel facere fenestram in eodem muro, et Alber. Papiens. dicit se ita obtinuisse in quaestione facti: ut refert Specul.* (1), *qui subdit: quod cum talis concessio non sit servitus, sed obligatio personalis tantum, emptor non tenetur, sed tunc poteris agere contra me: pro hoc allego* l. fin. § fin. cum ibi not. ff. de cont. empt.

VI. *Et ratio est, quia actio personalis non sequitur fundum* (2). *Aliud ergo est servitus, aliud obligatio personalis servitutis, quae rei annexa, arcteque affixa est, quia ab ea non separatur, etiamsi per plures manus ambulaverit, sicut lepra sequitur leprosum* (3), *sed personalis actio* (**) *sive obligatio personam non excidit* (4). *Quod autem dicta concessio non sit servitus seu personalis obligatio, apparet ex forma obligationis, in qua non continetur causa: qua ego caverim, seu promiserim, et hoc tenet Bart. et Doct.* (5), *et Flor.* (6), *et habetur per doctores* (7). *Si autem causa aliqua exprimatur, puta ne aliquis usus domus tuae impediretur: tunc dicit Specul.* (8), *quod hujusmodi concessio servitutis esse praesumeretur, et ita tenet Bart.* in dict. § opus, *etiam Flor.* (9), *quod est bene notandum. Et ideo sis cautus in concipiendo verba instrumenti, ut semper tu, cui fit similis promissio, facias addere causam concernentem utilitatem fundi tui; videlicet, promisit non aedificare, vel non tenere fenestram in domo sua, ne officiatur luminibus domus meae: quia tunc servitus rea-*

quis ita eodem tit. Se poi le parole che suonano nel semplice non fatto differiscano dal non fatto per parte del concedente, come: ti prometto di non tenere o di non fare una finestra nel mio muro, avviene lo stesso; perchè non è servitù reale o prediale, ma una obbligazione personale, e però se dopo io venda il mio fondo, il compratore potrà tenere od aprire la finestra nello stesso muro. Alberico da Pavia dice in proposito, che egli così ha ritenuto in una quistione di fatto, come lasciò scritto lo Speculario, il quale aggiunge, che siffatta connessione non essendo servitù, ma sì veramente un'obbligazione personale, il compratore non è tenuto ad osservarla; bensì tu allora potrai agire contro a me. A sostegno di tale sentenza aggiungo la *leg. fin. § fin. cum ibi not. ff. de cont. empt.*

VI. E la ragione si è questa: che l'azione personale non persegue il fondo. Adunque, altro è la servitù, ed altro l'obbligazione personale della servitù, ch'è annessa alla cosa e strettamente ad essa attaccata, perchè non si separa da quella, sebbene trapassi in più mani, come la lebbra non lascia il lebbroso; ma l'azione od obbligazione veramente personale non riguarda se non che la persona (**). Che poi la suddetta concessione non sia servitù od obbligazione personale, lo si conosce dalla forma dell'obbligazione, nella quale non è espressa la causa per cui io mi sia guarentito od abbia promesso; e ciò pensano Bartolo ed i dottori, ed il Fiorentino, e ciò pure è ritenuto dai dottori nella legge *si sub una § fin. de verb. oblig.* — Se poi sia espressa alcuna causa, come: che alcuno non impedisca l'uso della tua casa; allora, dice lo Speculario, concessione siffatta si presume essere di servitù, e così opina Bartolo nel detto § *si opus*, e così pure il Fiorentino, locchè è da notarsi diligentemente. E però qualora a te sia fatta una simile promessa, nel concepire le parole dell'istrumento guarda bene di farvi aggiungere la causa che riguarda il vantaggio del tuo fondo; per esempio: promise di non fabbricare, oppure di non tenere balconi nella sua casa, onde non sia tolta la vista alla mia; perchè allora sarà una servitù

(1) *De contrah. empt. § 1. in vers. pone. pla-*

Digitized by Google

lis, et transibit domus obligata ad quemcunque possessorem, etsi per mille manus transiret: quod non esset, si causa non exprimeretur per praedicta.

VII. *Tertio casu principali, quando verba concessionis sonant in jus: et tunc subdistingue tres casus. Aliquando respectu certi, aliquando respectu incerti, aliquando non habito respectu ad aliquem fundum illius cui fit concessio. In primo casu quando fit concessio respectu certi fundi. Exemplum, concedo tibi jus eundi per fundum meum ad talem tuum, vel aquam ducendi ex fundo meo ad tuum certum hortum: et tunc dicitur servitus realis et praedialis ab utraque parte* (1), *nisi ex qualitate personae, cui conceditur, et qualitate rei concessae aliud praesumatur: ut est casus* in l. pater de servit. leg. *et ibi not. Bart. et Paulus de Castr.* in l. Lucius ff. de servit. rustic. praediorum. *Et dum dixi esse servitutem realem et praedialem, quando fit concessio respectu certi fundi per verba sonantia jus, procedit sine dubio, quando fit actu ut non finiatur cum persona: puta relinquitur vel promittitur alicui jus aquae ducendae, qui habet vicinum praedium, ut non finiatur cum persona, et non habet dubium, quod est servitus realis et praedialis, et transit cum praedio,* per ea quae supra dixi. *Sed si relinquitur habenti praedium vicinum, ut finiatur cum persona, est dubium an sit servitus realis vel personalis, et Joan. et Azo. dicunt, quod est servitus realis, quae tamen per exceptionem finitur cum persona perempta* (2), *et not. Barthol.* (3), *qui dicit, quod haec probatur* in l. 3. ff. de servitutibus, *et illa est veritas per illum textum.*

VIII. *In secundo casu, quando concessio quae sonat in jus, fit respectu incerti, sed certificandi per eum cui fit. Exemplum: concedo tibi jus hauriendi aquam portandi ad fundum meum, vel ubicumque vis: et tunc dicitur concessio personalis, et non servitus realis vel praedialis: ut est casus not.* in l. Lucius, *quae est*

(1) *Ut. l. pecoris cum l. sequent. et sequitur etiam l. cum fundo, de servit. rustic. praed. et l. si fundum de servit. legat. et c. cum venissent, extr. de Instit.*

reale, e la casa passerà obbligata in qualsiasi possessore, fossero anche mille; locchè non avverrebbe, se la causa non fosse espressa, per le cose anzidette.

VII. Il terzo caso principale è quando le parole della concessione suonano in diritto, ed allora suddistingui tre casi; cioè: talora in riguardo di un fondo certo; talora in riguardo di un fondo incerto, e talora senza riguardo ad alcun fondo di quello a cui è fatta la concessione. Nel primo caso quando si fa la concessione in riguardo di un fondo certo, ecco un esempio: Io ti concedo il diritto di passare pel mio fondo onde andare al tale tuo, o di condurre l'acqua dal mio fondo a quel dato tuo orto; ed allora si dice servitù reale e prediale da ambe le parti; se però la qualità del concessionario e la qualità della cosa concessa non facciano presumere altrimenti; com'è il caso nella legge *pater de servit leg.*, sulla quale Bartolo nota, e come dice Paolo Castrense nella legge *Lucius ff. de servit. rust. pred.* E dall'avere io detto che v'ha servitù reale e prediale allorquando la concessione è fatta in riguardo di un certo fondo mediante parole che suonano in diritto, consegue indubbiamente che sia tale quando si stipula in un atto espressamente affinchè non cessi colla persona, come allorquando si concede o si promette il diritto di condur l'acqua ad alcuno il quale ha un fondo propinquo, onde non finisca colla persona; e non v'ha dubbio che questa è servitù reale e prediale e passa in altri col fondo, per ciò che ho detto più sopra. Ma se tale diritto si lascia a chi possede un fondo vicino perchè finisca colla persona, è dubbio se sia servitù reale, o personale; e Giovanni ed Azzone dicono che è servitù reale, la quale nondimeno finisce eccezionalmente colla morte della persona, come nota la glossa e come nota pure Bartolo, il quale dice che ciò è provato dalla legge 3, *ff. de servitut.*, ed è verità risultante da quel testo.

VIII. Nel secondo caso, quando, cioè, la concessione che suona in diritto si fa in riguardo di un fondo incerto, ma da accertarsi da quello al quale vien fatta, ecco un esempio: Ti concedo il diritto di trarre l'acqua da portare al mio fondo, o dovunque tu voglia; ed allora si dice concessione personale, e non servitù reale o prediale, com'è caso notabile nella legge *Lucius*, la quale è la pen-

(2) *Ut not. gloss. in l. Mela § final. ff. de alim. et cibar. legat. et in l. ut pomum, de servit. et in l. si quis binas, de usufruct.*

(3) *D. l. Mela. § final.*

Digitized by Google

lex penultim. et ibi hoc not. et tenet Paulus de Castr. Idem tenet Bald. ibi qui dicit se prius contrarium respondisse, antequam vidisset illum textum, et hoc etiam sequitur Ludovic. de Rosat. in suo singulari 68, *quod incipit, concedo tibi jus hauriendi, qui dicit, quod ille textus est unicus in jure, ideo memoriam tuam nunquam exeat. In tertio casu, quando verba concessionis sonant in jus, et non fit habito respectu ad aliquem fundum ejus, cui fit concessio : quia non habet fundum vicinum. Exemplum : concedo quod possis coenare, vel spatiari, aut venari in fundo meo, aut quod possis haurire aquam ex puteo meo vel ex cisterna, vel quod possis colligere poma ex arbore mea : et in hoc est dubium, an illa sit servitus realis, vel personalis : an vero fit obligatio personalis tantum, et non servitus. Et Rog. glossator* (1), *tenet quod sit servitus personalis, et hanc opinionem tenet Petr. et Cyn.* (2). *Sed gloss. Accurs. tenet secundum Joan. quod imo non sit servitus, sed obligatio personalis, et hanc opinionem tenet Bart.* (3), *et ista est communis opinio* (4), *et est vera. Nam quod non sit servitus realis, patet : quia non diminuit de jure praedii servientes ad utilitatem dominantis ; quod fieri debet, si esset realis, ut dixi supra in diffinitione servitutis realis, secundum Barthol. item quod non sit servitus personalis, probatur : quia ire et spatiari per fundum alienum, in eo coenare, vel similia facere, non diminuit de fructibus rei alienae, adeo quod alteri acquiratur, ad cujus commodum tendit servitus ususfructus, vel usus illius fundi, ut dictum est, et ita tenent Flor. et Paulus de Castr.* in d. l. ut pomum.

IX. *Sed secundum hoc videretur, quod posse colligere pomum ex arbore mea, vel haurire aquam ex cisterna mea, sit servitus personalis usus, scilicet illius arboris vel cisternae : quia tendit ad diminutionem fundi seu cisternae, vel arboris meae. De arbore non dubium. Sed de cisterna etiam idem est, quando hauriendo evacuaretur, sicut contingit in civitate Venetiarum tempore aestivo, quo saepis-*

(1) *In d. l. Mela § fin. de cibar. legat. et in d. l. ut pomum.*
(2) *In rubr. C. de servit.*

ultima, e Paolo Castrense nota e ritiene la stessa cosa. Anche Baldo sopra la detta legge opina egualmente e dice che prima che avesse veduto quel testo diversamente pensava; locchè pure è ammesso da Lodovico da Rosate nel suo 68.° *singulari*, che principia *ti concedo il diritto di attinger acqua*, il quale poi dice che quel testo è unico in diritto; e però non t' esca mai di memoria. Nel terzo caso, quando le parole della concessione suonano in diritto, e questa si fa senza avere riguardo ad alcun fondo del concessionario, perchè non ne ha alcuno propinquo, ecco un esempio : Ti concedo che possa cenare, o passeggiare, o cacciare nel mio fondo, o che tu possa attingere acqua dal mio pozzo o dalla mia cisterna, oppure che tu possa cogliere frutta dal mio albero; e in questo caso v'ha dubbio se vi sia servitù reale o personale; o veramente se vi sia obbligazione personale soltanto e non servitù. Roggero glossatore la reputa servitù personale, e questa opinione è accettata da Pietro e da Cino; ma il glossatore Accorso segue il parere di Giovanni; che anzi non sia servitù, ma personale obbligazione; la quale opinione poi è tenuta anche da Bartolo, e questa è la comune e la vera. Imperciocchè è chiaro che non è servitù reale, dacchè non minora il diritto del fondo serviente a vantaggio del dominante; il che dovrebbe accadere se fosse reale, come esposi più sopra nella definizione della servitù reale secondo Bartolo. Egualmente è provato che non è servitù personale; poichè l' andare e passeggiare pel fondo altrui, il cenare in esso e far cose simili, non diminuisce i frutti dell'altrui cosa, ancorchè giovi taluno, al cui vantaggio è rivolta la servitù di usufrutto o di uso del fondo altrui, come fu già detto, e come ritengono il Fiorentino e Paolo Castrense nella detta legge *ut pomum*.

IX. Ma giusta ciò sembrerebbe che il poter cogliere le frutta dal mio albero, od attinger l' acqua alla mia cisterna costituisse una servitù personale di uso di quell' albero o di quella cisterna, perchè tende alla diminuzione del mio fondo, ovverosia del mio albero, o della mia cisterna. Quanto all' albero non v'ha dubbio. Ma quanto alla cisterna è pure lo stesso, quando coll'attingervisi ella si vuoti, siccome accade in estate nella città di Venezia, che bene spesso per la fre-

(3) *In d. § fin. in d. l. ut pomum.*
(4) *Ut per gl. in d. l. ut pomum.*

Digitized by Google

sime propter frequentiam haustus, cisternae evacuantur et desiccantur. Tu tamen dicas, quod nec ista potest dici servitus ususfructus, vel usus, quoniam ad usufructuarium pertinent vel omnes fructus, vel quota pars, sed in hoc casu ad istum, cui facta est promissio, non spectat, nisi certa quantitas: ergo non potest dici servitus ususfructus. Item nec etiam servitus usus potest dici: quoniam ad usuarium pertinet posse sumere, quantum expedit sibi et familiae suae (1). *Sed praedicta concessio, de qua in proposito, restringitur ad certam quantitatem, non ad necessitatem: et ideo tale jus non dicitur servitus realis, et personalis, sed jus personale tantum, et ita tenet glossa quam sequuntur ibi doctores* in d. l. ut pomum. *Et propterea est dicendum, quod si dicta promissio vel concessio hauriendi aquam ex cisterna mea, vel colligendi poma ex arbore mea, esset facta non ad certam quantitatem, sed pro necessitate tua et familiae, diceretur esse servitus usus personalis* (2). *Quod autem dixi, talem concessionem hauriendi aquam, vel colligendi poma factam, non ad necessitatem esse, jus personale intellige: id est, quod debetur personae in illa re, non autem debetur alteri rei. Sed an sit adeo personale, ut non transeat ad haeredem ejus, cui fit concessio?*

X. *Et videtur, quod sic*, per l. apud Jul. § si quis alicui, de leg. 1. *In contrarium videtur, quia jurisdictio, et multa alia incorporalia, quae debentur personae, et non rei, transeant ad haeredem: de hoc dic, ut per Barthol. plene* (3), *et per Joann. de Plat.* (4), *et per Imol.* (5), *et per Cano.* (6). *Quarto et ultimo casu principali, quando verba concessionis sonant in potentiam: puta, promitto tibi, quod possis, vel non possim. Ita concludendum est. Aut illa verba sunt negative prolata: ut puta, concedo tibi, ut ego non possim aedificare in meo altius, ne luminibus tuis officiam: et tunc erit servitus realis, secundum quam aufertur mihi potentia altius aedificandi* (7), *et hoc intellige secundum ea quae dixi in secundo casu principali: aut affirmative verba sunt*

quenza dell' attignimento i pozzi si vuotino e si dissecchino. Tu di' nondimeno che neppur questa può chiamarsi servitù d'usufrutto o di uso; perchè all' usufruttuario spettano, o tutti i frutti, o una parte determinata di essi, mentre in questo caso al concessionario non compete se non una certa quantità; dunque non può dirsi servitù d'usufrutto. Parimenti non può appellarsi servitù di uso, perchè l'usuario ha diritto di prendere quanto basta per sè e per la sua famiglia. Ma la suddetta concessione, della quale parliamo, si restringe ad una certa quantità, non già al necessario, e perciò tale diritto non si chiama servitù reale o personale, ma gius personale soltanto. Questa è opinione della glossa, la quale è seguita pure dai dottori nella predetta legge *ut pomum*. Pertanto dee dirsi che se la suaccennata promessa o concessione di attigner acqua dal mio pozzo, o corre frutta dal mio albero, fosse fatta non per una certa quantità, ma per la necessità tua e della famiglia, si chiamerebbe servitù d' uso personale. Quanto poi dissi, cioè che la concessione di trarre l' acqua o di corre le frutta non è data pel solo necessario, intendila come gius personale; cioè che si debbe alla persona in quella data cosa, non già ad un' altra cosa. Ma tale concessione può essere eziandio personale, in guisa che non trapassi all' erede di quello cui è fatta?

X. E sembra che sì per la legge *apud Jul.* § *si quis alicui, De leg.* 1. Apparisce al contrario che la giurisdizione e molte altre cose incorporali, che son dovute alla persona e non alla cosa, passino all'erede. Intorno a ciò di' pienamente, come Bartolo, e come Giovanni di Plat., e come l'Imolese, e come i canonisti. Il quarto ed ultimo caso principale accade allorquando le parole della concessione suonano in potenza, verbigrazia: Io ti concedo che tu possa, o non possa. E in questo così è da conchiudersi: O quelle parole sono dette negativamente, come: Ti concedo, ch' io non possa fabbricare più alto nel mio fondo, onde non ti tolga la vista; ed allora sarà servitù reale, per la quale è a me tolta la potenza di fabbricare più alto; e ciò intendi giusta quanto esposi nel secondo caso principale. O le parole sono

Digitized by Google

do tibi jus aquam ducendi de fundo meo: et idem cum distinctione tamen, quam posui supra in tertio casu principali, per verbum quod significat actum: ut, concedo tibi quod possis ire, agere per fundum meum: et tunc non erit servitus, sed concessio personalis (1). *Idem si fiat per verbum facultatis: ut, concedo tibi facultatem eundi per fundum meum, secundum Paulum de Cast.* (2), *qui ad hoc nihil allegat, sed tu allega Bart. qui hoc dicit in terminis* (3). *Idem credo, si fiat per verbum licentiam, vel potestatem. Exemplum, concedo tibi licentiam vel potestatem eundi per fundum meum, et moveor potissima ratione, quia illa verba magis sonant in factum, quam in jus. Nam praedicta verba significant hic, volo quod possis, et valeas ire per fundum meum: et sic potius significant factum, quam jus, et hoc etiam vult Barthol.* (4) *qui dicit, quod illa verba, concedo tibi facultatem eundi, et quod possis ire, et sic verba magis referuntur ad factum, quam ad jus, et ita est concessio personalis: quod tamen intellige secundum ea quae dixi supra* in secundo casu principali. *Et praedicta perpetuo tene menti: sunt enim necessaria pro fundamento totius materiae servitutum: ac etiam quia per ea cautus esse poteris, qualiter verba servitutum concipi debeant in favorem promittentis: vel ejus cui fit promissio vel concessio. Idem praedicta sunt magni effectus, scilicet intelligere, an sit servitus realis, vel personalis obligatio tantum, nam ex hoc sequuntur multae utilitates.*

XI. *Prima utilitas est, quia si servitus, potest agi actione confessoria contra quemcumque impedientem vel turbantem* (5), *quae dicitur vendicatio seu actio realis* (6), *de qua actione vide plene per Florentinum* (7), *sed si non esset servitus, sed obligatio personalis tantum, actio confessoria non competeret, sed solum actio personalis.*

XII. *Secunda utilitas, quia ubi est ser-*

(1) *Ut in l. 2. § item si in facto, de verb. oblig. l. apud Iulianum § si quis alicui, de leg. 1.*
(2) *In l. Lucius in fine, de servit. rust. praed.*
(3) *In l. pater, ante fin. de dot. praeleg.*
(4) *In d. l. pater.*

me: Ti concedo il diritto di condur l'acqua dal mio fondo; e lo stesso è da dirsi per la parola che significa *azione*, però con quella distinzione che ho più sopra introdotta nel terzo caso principale; come, p. e.: Ti concedo di poter andare e fare pel mio fondo, ed allora non sarà servitù, ma concessione personale. Sarà lo stesso, se ella avvenga colla parola *facoltà*, verbigrazia: Io ti concedo la facoltà di andare pel mio fondo; giusta Paolo di Castro, che a ciò nulla arroge; ma tu aggiungi Bartolo che ciò dice precisamente. Lo stesso credo che sia se si adoperi la parola *licenza* o *potestà*; p. e.: Io ti concedo licenza o potestà di andare pel mio fondo; e lo credo per un' ottima ragione, cioè perchè quelle parole suonano piuttosto in fatto che in diritto. Imperciocchè esse significano in tal caso: Voglio che tu possa e sia capace di andare pel mio fondo, e così dinotano piuttosto un fatto che un diritto; locchè pensa anche Bartolo, il quale dice che quelle parole: ti concedo la facoltà di andare e che tu lo possa, si riferiscono meglio ad un fatto che ad un diritto, e questa è personale concessione; locchè però intendi secondo quello ch' esposi sopra nel 2.° caso principale (*c*). E le predette cose ricorda perpetuamente; imperciocchè sono necessario fondamento a tutta la materia delle servitù; ed ancora perchè mediante quelle ti farai accorto a conoscere in qual modo si debbano concepire le formole delle servitù in favore del promittente o del promissario, e come debb'essere concepita la concessione. Parimenti le predette cose sono di grande conseguenza, valgono, cioè, a far discernere se vi sia servitù reale, od obbligazione personale solamente; ed invero da tal conoscenza derivano molti vantaggi.

XI. Il primo è questo: che se vi è servitù, si può agire coll'azione confessoria *(d)* contro chiunque ne impedisce o turba l'esercizio, la quale azione poi si chiama vendicazione od azione reale, e intorno ad essa rimettiti pienamente a quanto ne dice il Fiorentino. Che se non fossevi servitù, ma soltanto un' obbligazione personale, non competerebbe più l'azione confessoria, ma solamente un'azione personale.

XII. Secondo vantaggio si è: che dove

(5) *Ut in l. 2. § 2. fin. et in l. si quis diuturno. ff. si servit. vend.*
(6) *Ut l. ergo, in princ. ff. de servit. rustic. praedio, et in l. uti frui. § verum, ff. si usufruct. pet. et institut. de act. in § aeque.*
(7) *In l. 1, et 2. ff. si servit. vend.*

Digitized by Google

vitus, actio confessoria datur contra quemlibet impedientem, vel turbantem, ut supra: quia illa obligatio sequitur rem, sicut lepra leprosum; sed si esset actio personalis, non posset agi, nisi contra concedentem, vel se obligantem (1), *et ita tenent Bart. et doctores* (2), *de quo dic ut supra*, in secundo casu principali. *Hoc tamen intellige secundum Paulum de Castr.* (3), *quando ille cui facta est concessio personalis, non poterat aliquid propria auctoritate percipere, sed habebat carpere de manu concedentis* (4); *secus si poterat propria auctoritate percipere: puta pomum ex fundo vicini, vel lapidem evellere: quia tunc licet non fit servitus personalis, habet tamen similitudinem cum ea: et ideo competit utilis confessoria sicut pro jure conservandi jurisdictionem vel pro jure eligendi praelatum* (5), *et etiam competit officium judicis pro recuperanda quasi possessione jurisdictionis* (6), *et etiam competit utile interdictum*, uti possidetis *vel* unde vi (7).

XIII. *Tertia est utilitas: quia si est servitus realis, transit illa ad haeredes active et passive, id est, ad haeredem concedentis et concessionarii* (8), *et sequitur fundum dominantem et servientem, et sic transit etiam ad singularem successorem* (9). *Et ratio est, quia jus praedii est* (10), *et transit fundus cum sua causa* (11), *et ideo nec capitis diminutione perit* (12), *et quod dixi servitutem transire ad omnes successores, intellige verum, quando servitus est realiter constituta: quia tunc talis promissio non afficeret singularem successorem* (13), *secundum Mar., Pyl., Cyn. et Bald. qui ita notant* (14). *Item secus est in quibusdam aliis casibus, quae nominantur per glossam* (15). *Sed si esset servitus personalis sicut usufructus, non transiret ad haeredem ejus, cui esset facta concessio* (16), *et periret capitis dimi-*

(1) *Ut in l. fin. § ult. de contrah. empt.*
(2) *In d. l. ut pomum.*
(3) *In d. l. ut pomum.*
(4) *D. l. fin. et d. § fin. et l. Cajus, de ann. leg.*
(5) *Ut notat Inno. in c. Abbate, de verb. In sign. et in c. bonae, de postul. praelat.*
(6) *L. Attilius, in fin. ff. de servit. et l. sicuti. § Arist. ff. si servit. vend.*
(7) *Ut l. quoties 2. in fin. ff. de servit. et l. sicuti. § Arist. ff. si servit. vend.*

havvi servitù, l'azione confessoria è concessa a chiunque impedisce o turba, come sopra; perchè quella obbligazione persegue la cosa, come la lebbra segue il lebbroso; ma se fosse un' azione personale, non si potrebbe agire se non se contro il concedente, o contro chi si obbliga. Così opinano Bartolo e i dottori, intorno a che di' come sopra nel secondo caso principale. Nondimeno intendi ciò secondo Paolo di Castro, cioè, quando quello cui è fatta la personale concessione non poteva percepire alcunchè di propria autorità, ma doveva averlo di mano del concedente. Altrimenti sarebbe, se poteva percepire di propria autorità, verbigrazia: corre un frutto dal fondo del vicino, o scavare un sasso; perchè in tal caso, sebbene non siavi servitù personale, nondimeno vi ha una somiglianza con essa, e perciò la *utile confessoria* compete sempre, come pel diritto di conservare la giurisdizione, o per quello di eleggere un prelato; ed è competente eziandio l'ufficio del giudice per ricuperare il quasi-possesso della giurisdizione; e spetta ancora l' utile interdetto *uti possidetis*, o l'*unde vi*.

XIII. Terzo vantaggio si è: che se havvi servitù reale, ella trapassa agli eredi attivamente e passivamente, cioè all' erede del concedente e del concessionario, e segue il fondo dominante e il serviente, e così pure passa al successore singolare. E la ragione si è questa: che è diritto del fondo e che il fondo si trasmette colla sua causa, e perciò non perisce colla diminuzione di capo. E quando dissi la servitù passare a tutti i successori, intendi esser vero, qualora la servitù sia realmente costituita, perchè allora tale promessa non tocca il successore singolare, giusta l'opinione di Martino, di Pillio, di Cino e di Baldo, che così notano. Avviene pure altrimenti in alcuni altri casi che sono annoverati dalla glossa Ma se la servitù fosse personale, come l' usufrutto, non trapasserebbe all' erede di quello cui fosse stata fatta la concessione e perirebbe colla diminuzione di capo, sebbene non

(8) *Ut l. pecoris, ff. de servit. rust. praed. et hoc ibi not. gloss.*
(9) *Ut est text. in l. si aquaeductus, ff. de contrahen. empt.*
(10) *Ut l. si mihi § fin. ff. de servit. rust. praed.*
(11) *L. 1. § si fundus, eod. tit.*
(12) *Ut l. 3. ff. quemadmod. servit. amit.*
(13) *Ut l. 3. § opus ff. de alien. jud. mut. caus. facta § fin. et l. fin. ff. de contrah. empt.*
(14) *In l. et in provinciali C. de servitut.*
(15) *In d. l. pecoris.*
(16) *Ut l. corruptionem, C. de usufruct.*

Digitized by Google

nutione (1), *licet non pereat per mortem concedentis, vel alterius* (2), *idem si esset obligatio* (***) *tantum personalis, non servitus: quia non transiret ad haeredem, ut est casus*, et *ibi plene ponitur* in l. apud Julian. § si quis alicui, de l. 1. et l. Mela. § fin. de alim. leg., *nec ad singularem successorem* (3), *quod nota. Hic quaeri posset de quibusdam obligationibus, an sint servitutes reales seu praediales, an vero obligationes tantum personales: sed quia melius conveniet post materiam servitutis mixtae, de qua statim dicemus, ideo ibi tractare constitui, etc.*

(1) *Ut Instit. de usufruct. § finitur.*
(2) *Ut est casus not. in l. 2. C. de bon. mat.*

(*) Realis dicitur. *Adde Corn. cons.* 287. *in* 4. *vol. incip.* Dominus, *et cons.* 196. *in* 4. *vol.*
(**) Personalis actio. *Adde Corn. cons.* 110. *incip.* Videtur, *in* 1. *vol. et in* 4. *vol. cons.* 76. *in l.* licet.
(***) Obligatio. *Adde Alex. cons.* 2. *in* 4. *colum. versic.* 3. *in* 4. *vol. et Corn. cons.* 44. *vol.* 2.

cessi per la morte del concedente o di un altro. Lo stesso accadrebbe, se fosse soltanto un' obbligazione personale e non una servitù, perchè non passerebbe all' erede; come è il caso pienamente esposto nella legge *Julia* § *si quis alicui de leg.* 1 *e leg. Mela fin. De alim. leg.* e neppure al singolare successore, il che nota bene *(e)*. Qui alcuno potrebbe dimandare se certe obbligazioni sieno servitù reali o prediali, oppure obbligazioni soltanto personali; ma siccome il rispondere a ciò conviene meglio dopo la materia delle servitù miste, delle quali parlerò subito, così stabilii di trattare di esse in quel luogo.

(3) *Ut l. Cajus, de annu. leg. et in l. fin. ff. de contrah. empt.*

(*) *Si dice reale.* Aggiungi Corneo, cons. 287, 4 vol. che comincia *Dominus*, e cons. 196, 4.° vol.
(**) *Azione personale.* Aggiungi Corneo, cons. 110 che comincia *Videtur*, 1.° vol., e nel 4.° vol. cons. 76 in l. *licet.*
(***) *Obbligazione.* Aggiungi Alessandro, cons. 2, colonna 4., versic. 3, 4.° vol., e Corneo, cons. 44, vol. 2.°

ANNOTAZIONI AL CAPO II.

(*a*) Giusta è la opinione qui riportata dall'autore, che questa servitù meglio dicasi prediale che reale, giacchè il nome di cosa è troppo largo. Cose infatti (*res*) sono e le immobili e le mobili. Ora in riguardo alla cosa che serve essendovi specialmente pel Codice austriaco servitù anche su cose mobili, come, p. e., l'uso di un gioiello, l' usufrutto di un credito in danaro, servitù reali (*reales, rerum*) potrebbero chiamarsi e quelle sugl' immobili e quelle sulle cose mobili. Non ponno dunque esclusivamente chiamarsi reali quelle che cadono sugl' immobili. D'altronde quando il fondo (*praedium*) serve al predio, la denominazione più naturale e più giusta è quella di servitù prediale anzichè reale.

I §§ 473, 474 del Codice austriaco chiamano fondiarie, prediali e non reali le servitù di un fondo a vantaggio di altro fondo. Non parlo di quelli che chiamano *realità* gl' immobili, specialmente se terreni campestri, e che quindi chiamano *reali* le servitù d'immobili, come chiamano *reale* la esecuzione giudiziale su immobili. Questo almeno in italiano mi sembra un abuso di linguaggio da cui deriva una conseguenza abusiva. Parlo della essenza della servitù. Considero la servitù e per la cosa che serve e per la cosa o persona a cui vantaggio serve. Per la cosa che serve nulla di più giusto che chiamare prediale e non reale la servitù quando il predio serve al predio, quando non una cosa in genere ma un predio in ispecie è quello che serve ad altro predio. Per la cosa a cui vantaggio serve la cosa, nulla di più giusto egualmente che chiamare prediale e non reale la servitù che va a vantaggio non di una cosa in genere, ma di un predio in ispecie. Per la persona a cui vantaggio la cosa serve, nulla di più giusto che chiamare la servitù non reale ma personale se il vantaggio non è di una cosa ma di una persona.

Ecco su tutto ciò i principii del Codice civile austriaco.

Pel § 307 diritti reali sulle cose sono quelli che competono su esse, non avuto riguardo a persone determinate.

Pel § 472 il diritto di servitù è inerente alla cosa qualunque sia il possessore di essa.

Perciò pel § 308 è uno dei diritti reali sulle cose.

Se il fondo o predio di uno serve al vantaggio od al comodo del fondo o predio di un altro havvi pei §§ 473, 474 la servitù prediale.

Digitized by Google

Se la cosa di uno serve al vantaggio od al comodo di un altro, havvi pei §§ 473, 478 la servitù personale.

La servitù prediale e la personale sono sempre diritti reali sulla cosa. Ma se il predio serve all'altrui predio, havvi servitù prediale e non reale.

Per l'articolo 543 poi del Codice Napoleone, la servitù è un diritto sopra beni. Dunque è un diritto reale sulle cose.

Per l'articolo 637 è un carico di un fondo per l'uso e la utilità di un fondo altrui. Dunque essa è prediale e non reale. È poi prediale perchè così quel Codice la chiama. Non si può diversamente chiamarla.

(*b*) I §§ 472, 482 del Codice austriaco danno la idea della servitù come genere; i §§ 473, 474 quella della servitù prediale come specie dell'obbligo e del corrispondente diritto. Combinati questi paragrafi sembrami essere la servitù prediale l'obbligo di un fondo verso altro fondo pel quale il possessore del primo è tenuto verso il possessore del secondo fondo a tollerare od a non fare qualche cosa riguardo al suo fondo a vantaggio del fondo dell'altro.

La servitù prediale è un obbligo. Dunque si distingue dagli atti di pura facoltà e di semplice tolleranza.

È un obbligo di un fondo. Dunque è inerente al fondo. Dunque il diritto corrispondente all'obbligo è un diritto sulla cosa. Quindi è un diritto reale immediatamente su essa operativo senza riguardo a persone, specialmente obbligate. Così la servitù prediale si distingue dalla obbligazione personale che obbliga soltanto quelle persone e che dà luogo soltanto all'azione personale.

È l'obbligo di un fondo verso altro fondo. Dunque se non vi hanno due fondi, uno obbligato e serviente, l'altro avente il diritto e dominante, non havvi servitù prediale.

È l'obbligo pel quale il possessore di un fondo è tenuto verso quello di un altro fondo. Ciò pel motivo che per quanto i diritti e gli obblighi reali cadano immediatamente sulle cose, pure non si può fare totale astrazione da una persona ch'eserciti il diritto e da un' altra che soggiaccia all'obbligo. E stragiudizialmente e giudizialmente i diritti e gli obblighi reali sono, per così dire, rappresentati dalle persone.

È un obbligo pel quale il possessore di un fondo deve, riguardo ad esso, tollerare o non fare qualche cosa. Così la servitù prediale si distingue da altri diritti reali sui fondi nei quali l'obbligo sta nel fare, non nell'ommettere, nel fare, non nel tollerare che si faccia.

È un obbligo a vantaggio di un fondo. Se non vi è questo vantaggio di un fondo vi potrà essere servitù personale, talora obbligazione personale, ma non servitù prediale.

È finalmente l'obbligo di un fondo a vantaggio del fondo di un altro, perchè non havvi servitù sul fondo proprio. *Nulli res sua servit.*

Ho dato la definizione della servitù (prediale) secondo l'articolo 637 del Codice Napoleone. In modo conciso essa significa lo stesso.

(*c*) L'autore chiama bello e sottile l'esaminare quando su un fondo abbiavi servitù prediale, o quando servitù personale, oppure soltanto obbligazione personale. Ed a buon dritto lo chiama sottile avendovi spiegato tutta l'acutezza del suo ingegno. Parmi però che per la legge austriaca e francese si possa giungere a rispondere alla domanda in modo più semplice assai.

Pei §§ 472, 473 del Codice austriaco e pel § 637 del Codice Napoleone il carattere distintivo della servitù prediale mi sembra essere che un fondo serva all'uso più comodo e più vantaggioso, all'uso, all'utilità, insomma al vantaggio di un fondo altrui.

Per ambe queste legislazioni dunque, se un fondo serve al vantaggio di un fondo altrui, havvi servitù prediale. Se invece serve al vantaggio dell'altrui persona, havvi, pel § 474 del Codice austriaco, servitù personale; per l'articolo 543 del Codice Napoleone un diritto della persona su quel primo fondo.

Per le suddette legislazioni poi nel diritto di servitù prediale havvi sempre l'obbligo reale di un fondo, non l'obbligo di una persona.

Quindi, ove a vantaggio di un fondo altrui abbiavi l'obbligo reale di un fondo, non l'obbligo di una persona, vi avrà servitù prediale. Ove invece abbiavi l'obbligo di una persona, non l'obbligo reale di un fondo, vi avrà semplicemente obbligazione personale.

E se per avventura fosse dubbio se a vantaggio di un fondo altrui sia realmente ob-

Digitized by Google

bligato un fondo, ovvero semplicemente una persona, non si potrebbe ritenere esistere la servitù prediale. E ciò perchè nel dubbio la presunzione sta per la libertà della proprietà.

Parlerò altrove della differenza fra la servitù personale e la semplice obbligazione personale.

(*d*) Qui l'autore accenna all'azione confessoria spettante a chi ha il diritto di servitù prediale. A proposito di azioni in genere e di azioni per le servitù in ispecie, mi permetto le seguenti osservazioni.

È nota per le cose e pei diritti la pratica divisione delle azioni in possessorie e petitorie. La legislazione austriaca le estende ad ogni cosa, ad ogni diritto. La francese pare che le limiti alle sole cose immobili ed ai diritti immobiliari.

Possessorie sono le azioni in cui trattasi del solo possesso delle cose e dei diritti.

Petitorie quelle in cui trattasi propriamente del diritto.

P. e. Uno ha posseduto o possede una cosa, una servitù su essa. Ne fa valere il solo possesso. Esercita un'azione possessoria.

Uno invece ebbe od ha il diritto di proprietà o di servitù su una cosa. Fa valere quel diritto. Esercita un'azione petitoria.

La legge civile austriaca ammette queste due azioni per ogni cosa, per ogni diritto. Infatti:

Pel § 339 del Codice civile qualunque siasi il possesso di una cosa o di un diritto a nessuno è lecito turbarlo di propria autorità. Il possessore turbato può rivolgersi al giudice perchè faccia cessare la molestia e faccia risarcire il danno che venisse provato.

Pel § 346 contro ogni possessore vizioso si può proporre l'azione di ripristinamento nello stato primitivo e d'indennità. Il giudice nella decisione non ha riguardo ad un diritto più forte che la parte avversaria aver potesse sulla cosa.

Pel § 347, non potendosi sul momento verificare quale delle parti si trovi in possesso non vizioso, ed in quanto l'una o l'altra abbia diritto all'assistenza del giudice, la cosa controversa è affidata alla custodia di esso o di un terzo, fino a che sia trattata e decisa la lite sul possesso. Il soccombente, anche dopo questa decisione, può promuovere l'azione per un diritto più forte che credesse competergli sulla cosa.

Pel § 372 se l'attore prova il titolo valido ed il modo non vizioso dell'acquistato possesso è preferito a qualunque possessore che non produca titolo o che produca un titolo più debole del suo possesso.

Pel § 2 della sovrana Risoluzione del 22 giugno 1825, chi ha sofferto pregiudizio nel possesso di una cosa o di un diritto e chi è stato illegittimamente privato di quel possesso, deve nel termine ivi fissato chiedere l'assistenza del giudice. Questi pel § 3 procede colla *massima* speditezza (sommarissimamente).

Pel § 5 in tale processura trattasi puramente della indagine e della prova materiale dell'ultimo possesso di fatto e del turbamento. Il giudice limitasi a proteggere ed a restituire il possesso turbato. Chi intende di acquistare un nuovo possesso o di esercitare un diritto prevalente al possesso deve seguire la via ordinaria civile. A questa appartiene anche la discussione intorno al titolo, alla buona o mala fede del possesso, ed alla indennità.

Pel § 15 la decisione del giudice non impedisce alle parti di esercitare un prevalente diritto al possesso e le azioni che ne derivano.

Il possessore dunque il quale è od almeno era al possesso di una cosa o di un diritto perchè lo aveva, come dice il § 372 del Codice civile, acquistato; il possessore che ha sofferto pregiudizio in quel possesso; che ne fu illegittimamente privato o che ne fu turbato, può chiedere la ripristinazione nello stato primitivo, la cessazione della molestia, la protezione, la restituzione del suo possesso e la indennità. Appigliandosi egli a quest'azione viene trattata e decisa la lite sul possesso. Ecco l'azione possessoria.

Quest'azione poi dà luogo alla processura sommaria (sommarissima) od ordinaria. — Sommaria, quando, dietro domanda fatta al giudice al più tardi entro trenta giorni continui dalla notizia del turbamento, si tratti di proteggere o di restituire l'ultimo possesso di fatto turbato. Ordinaria, in tutti gli altri casi di ripristinamento, di protezione, di prevalenza del possesso e della indennità. Pare chiaro trattarsi in ambe le processure del solo possesso, astrazione fatta da ogni discussione sul diritto.

Quando poi non trattasi di quel solo possesso prescindendo da ogni discussione sul diritto, ma trattasi invece di questo diritto, l'azione che si fa valere è petitoria.

Digitized by Google

Secondo il Winiwarter (Trattato del possesso pagine 71, 72. Verona, Rossi, 1825; e Commenti al Codice civile austriaco, Parte II, pagina 86. Vienna, Vedova Mösle, 1832) quando si tratti di acquistare per la prima volta un nuovo possesso, l'azione non è veramente possessoria. Fa d'uopo in tal caso dimostrare, dic'egli, secondo il § 320 un titolo valido al possesso. Non si tratta quindi, soggiunge, del semplice possesso, sì bene del diritto, p. e., della proprietà, della eredità, ecc. Allora il possesso è soltanto conseguenza del diritto acquistato. Non essendo, conchiude, in questo caso il possesso nè il fondamento nè lo scopo prossimo dell'azione, essa è piuttosto petitoria.

Quest'azione petitoria ha poi luogo indubbiamente quando, secondo i §§ 346, 347 del Codice civile, si tratta di un diritto più forte di quello del possesso. Tale diritto più forte sembra anche a me non poter essere altro che il diritto stesso di proprietà, di servitù, ec. Si tratta dunque del diritto: dunque di azione petitoria.

Ha luogo egualmente quando, secondo il § 366, si tratta di rivendicare giudizialmente la cosa propria da qualunque detentore. In questo caso pel § 369 fa d'uopo anche provare di avere la proprietà della cosa, il diritto. Si tratta di proprietà, di diritto; dunque di azione petitoria.

Havvi poi, secondo il § 372, già da me accennato, anche l'azione di presunta proprietà. Basta in essa provare il titolo valido ed il modo non vizioso dell'acquistato possesso. Facendolo, si è preferiti a qualunque possessore che non produca titolo o che produca un titolo più debole del suo possesso. Qui veramente mi sembra versare la quistione più sul possesso che sul diritto. Mi sembra dunque trattarsi più di azione possessoria che petitoria.

Anche il Codice francese della civile processura ch'era operativo nel Regno d'Italia ammette la distinzione delle azioni in possessorie e petitorie. Infatti:

Per l'articolo 23 di esso le azioni possessorie non si ammettono se non furono intentate entro l'anno del turbato possesso, da chi da un anno almeno possedeva pacificamente ed a titolo non precario, o per se stesso o per altri aventi titolo da lui.

Per l'articolo 24 l'esame sul pacifico possesso e sulla turbazione non può mai cadere sul merito.

Per l'articolo 25 il possessorio ed il petitorio non ponno mai cumularsi.

Per l'articolo 26 chi agisce in petitorio non è più ammesso ad agire in possessorio.

Per l'articolo 27 chi agisce in possessorio non può agire in petitorio, se non è terminato il giudizio possessorio. Se in questo giudizio è soccombente, deve eseguire ciò cui fu condannato prima d'intentare la sua azione in petitorio, ecc.

Ma per la legge francese ed italiana l'azione possessoria ha per solo ed unico oggetto il possesso di un fondo o di un diritto immobiliare di cui non si gode, o del quale non si gode pacificamente e senza molestia. (Teoria delle azioni, eccezioni ecc., proposta dalla corte di Cassazione dell'Impero francese. Milano, Sonzogno 1809, articolo 27.)

Parmi che quest'azione possessoria si divida in due.

Quando non si gode di un immobile o di un diritto immobiliare per esserne stati spogliati, ha luogo l'azione (possessoria) di reintegrazione.

Quando non si gode di quell'immobile o di quel diritto immobiliare pacificamente e senza molestia per esserne stati turbati, ha luogo l'azione per esserne mantenuti in possesso, ossia l'azione possessoria (di turbato possesso) (ivi articolo 35).

Si chiama poi petitoria ogni azione mediante la quale si rivendica contro il possessore un immobile o un diritto riputato tale dalla legge (ivi articolo 27).

E secondo il Pardessus (Trattato delle servitù o servigii prediali, pagina 326. Bruxelles, Società tipografica-belgia, 1841) se si tratta del semplice possesso degl'immobili

Digitized by Google

cioè provare che gli competa il diritto e, per così dire, la proprietà della servitù. Può anche limitarsi a provare di avere od almeno di avere avuto il possesso della servitù come diritto reale. Limitandosi egli alla prova del possesso, mi pare che l'azione che promove sia piuttosto possessoria. Mi pare che sia quella che i Romani chiamavano *Publiciana in rem*. È noto ch'essi, come si ha eziandio dal lib. VI, tit. II, frammento 11, § 1 del Digesto, avevano esteso la *Publiciana* anche alle servitù. Provando egli invece l'acquisto, mi pare che si tratti, più che del possesso del diritto stesso, della servitù. Mi pare quindi ch'egli eserciti l'azione petitoria e precisamente quella che i Romani chiamavano *confessoria*.

Il proprietario poi che pretende la libertà della cosa sua contro chi su essa si arroga una servitù, deve provare che quella cosa sia sua. Deve provare cioè il suo diritto di proprietà. Si tratta dunque della proprietà, del diritto. Dunque l'azione che promuove è petitoria. È precisamente quella che i Romani chiamavano *negatoria*.

Ma sembrami anche che quel proprietario pel § 372 del Codice civile possa limitarsi a provare, invece del suo diritto di proprietà, il titolo valido ed il modo non vizioso dell'acquistato possesso della cosa che pretende libera dalle servitù. In tal caso l'azione che promovesse sarebbe di possesso, possessoria. Sarebbe l'azione, il dico di nuovo, che i Romani chiamavano *Publiciana in rem*.

Ma il proprietario, agendo contro chi si arroga sulla cosa sua una servitù, deve inoltre provare il fatto di quell'appropriazione. Non si può pretendere da esso altro che la prova di quel solo fatto di appropriazione. Non può da esso pretendere anche la prova negativa, che chi si è arrogato la servitù non abbia ad essa diritto. Ciò non si può pretendere, perchè pel proprietario sta la presunzione della libertà della proprietà. Il diritto alla servitù, all'aggravio della cosa altrui deve provarlo chi pretende di averlo.

A mio credere poi promove l'azione per sostenere una servitù anche quegli che agisce perchè il proprietario della cosa serviente gli ha tolto, minacciato, turbato il possesso di quella servitù. E promove l'azione per sostenere la cosa propria libera dalla servitù anche quel proprietario che agisce perchè da chi si arroga la servitù è stato tolto, minacciato, turbato il possesso della cosa sua. In ambedue queste azioni trattasi di possesso. Dunque esse sono possessorie.

Le azioni possessoria e petitoria hanno luogo anche per la legislazione francese in fatto di servitù prediali.

Dice il Pardessus alla pagina 328 del suo Trattato già da me citato, che a colui che pretenda di essere o per lui o pel suo autore da un anno al possesso pacifico e non precario o dell'esercizio di una servitù, o della libertà del suo fondo da essa, spetta azione onde far cessare un turbamento o di fatto o di diritto che pretenda di aver provato. Questa è l'azione del possesso minacciato o turbato; dunque azione possessoria.

Soggiunge alla pagina 344 avere luogo anche in materia di servitù l'azione per essere restituiti nel possesso del quale siamo stati in via di fatto spogliati.

Ora può essere in tal modo privato, se non in tutto, in parte del suo possesso il proprietario sul fondo del quale uno si arroghi una servitù. Può essere anche privato del suo possesso quegli che, esercitando una servitù, ne venga privato dal proprietario del fondo serviente. Agendo l'uno o l'altro di essi per essere restituiti nel proprio possesso fanno valere l'azione di quel possesso tolto e reintegrabile. Anche quest'azione riguarda il possesso: dunque è possessoria.

Nell'articolo 35 della suindicata teoria delle azioni, eccezioni, ecc., queste due azioni sono espresse nei termini seguenti.

Per l'azione possessoria (che io chiamo di turbato possesso) si domanda di essere mantenuti nel possesso di un immobile o di un diritto reale immobiliare, allor quando siamo in esso turbati.

Coll'azione di reintegrazione (che secondo me è pure possessoria) si domanda di esserne reintegrati quando ne fossimo stati spogliati.

Queste sono le azioni possessorie in fatto di servitù per la legge francese ed italiana.

Finalmente, secondo il suddetto Pardessus pagina 347, si può agire per essere autorizzati ad esercitare una servitù semplicemente promessa e che per qualche avvenimento non si è potuto ancora esercitare. Si può pretendere che un dato fondo debba una servitù ad altro dato fondo. Si può soltanto lagnarsi di ostacoli frapposti all'esercizio di una servitù che l'avversario non oppugna. Si può sostenere che a torto una data servitù sia esercitata o pretesa su un fondo che si sostiene libero contro l'avver-

Digitized by Google

sario. Si può quistionare sulla estinzione o sul modo di esercizio di una servitù della quale del resto il diritto non è negato.

Soggiunge egli che queste e simili quistioni possono sorgere in via petitoria. Soggiunge che sono subordinate all'esame dei titoli delle parti e dei diritti che la prescrizione ha potuto far acquistare, perdere o modificare. Chiama insomma queste azioni petitorie. Ed infatti se in esse trattasi non del semplice possesso, ma del diritto sono petitorie.

Il conte Merlin nel suo Repertorio, voce Servitù, pagina 233 (Venezia, Antonelli, 1842) osserva, che secondo il Codice civile francese l'azione possessoria ha luogo per le servitù continue ed apparenti, perchè ponno acquistarsi col solo fatto del possesso. Aggiunge che non può essere ammessa senza titoli nè per le servitù continue non apparenti, nè per le discontinue apparenti o no, perchè i soli titoli possono stabilirle. E per titoli intende gli atti scritti, i documenti che hanno stabilito le servitù.

Più ricisamente l'articolo 39 della suindicata teoria delle azioni, eccezioni, ecc., dice che in materia di servitù urbane e rustiche l'azione possessoria non è ammissibile se non quando la servitù può prescriversi.

Ecco cosa, a parer mio, si vuol dire con ciò.

Per l'articolo 690 del Codice Napoleone, le servitù continue ed apparenti ponno acquistarsi (prescriversi, usucapirsi) anche col solo fatto del possesso di 30 anni. Se pel solo possesso ponno acquistarsi, pel solo possesso ponno anche sostenersi. Dunque per esse ha luogo sempre l'azione possessoria sulla base del semplice possesso.

Al contrario per l'articolo 691 le servitù continue non apparenti e le discontinue apparenti o no, non ponno stabilirsi che mediante titoli. Il possesso anche immemorabile non basta a stabilirle. Non si acquistano (prescrivono, usucapiscono), cioè col solo possesso. Se col solo possesso non ponno acquistarsi, col solo possesso non ponno sostenersi. Dunque per esse senza titoli non ha luogo l'azione possessoria.

Sembrami che pel Codice civile austriaco non possa dirsi del tutto così.

Pel § 480 ogni servitù senza distinzione si acquista anche per prescrizione, o a dir meglio, per usucapione.

Pel § 1469 se esercitata sul fondo altrui può acquistarsi per usucapione mediante il possesso tavolare di tre anni.

Pel § 1470, in mancanza di pubblici libri o di inscrizione in essi, può acquistarsi pure per usucapione mediante il possesso fisico di trenta anni.

Pel § 1477 può acquistarsi egualmente per usucapione mediante il possesso fisico di trenta o quarant'anni senza bisogno di provare il titolo legittimo, ossia il fondamento legale o la buona fede del proprio possesso.

In questi §§ ad usucapire si richiede sempre possesso, non titolo.

Combinandoli quindi, a ragione il Basevi, nelle sue dottissime annotazioni pratiche al Codice civile § 480, ha osservato ammettere la legge l'acquisto delle servitù per usucapione e per prescrizione senza quel titolo.

E, secondo me, ogni servitù può acquistarsi per usucapione, col solo possesso.

Ora se col solo fatto del possesso ogni servitù può acquistarsi, con quel solo fatto potrà sostenersi. Dunque per ogni servitù deve poter aver luogo azione possessoria sulla base appunto del solo possesso.

Per la legge francese le azioni possessoria e petitoria non ponno mai cumularsi. Credo che ciò valga anche per la legge austriaca.

Per la legge francese chi agisce in petitorio non è più ammesso ad agire in possessorio, e chi agisce in possessorio non può agire in petitorio se non è terminato ed eseguito il giudizio possessorio. Le due azioni non ponno essere dunque promosse al tempo stesso.

Per la legge austriaca pare che possano esserlo.

Lo argomento dal § 347 del Codice civile. Per esso il soccombente nella quistione di possesso può anche dopo la relativa decisione giudiziale promuovere l'azione per un supposto diritto più forte, cioè l'azione petitoria. Le parole *anche dopo* significano che l'azione petitoria può essere promossa anche prima della decisione sulla possessoria. Dunque queste due azioni esser ponno contemporanee.

Per la legge francese l'azione possessoria dev'essere fatta valere entro l'anno dal fatto dello spoglio od altro turbamento del possesso. Per la legge austriaca l'azione possessoria sommaria dev'essere fatta valere al più tardi entro trenta giorni continui dal dì della notizia del turbamento.

Digitized by Google

La ordinaria, a mio credere, può essere fatta valere fino a che il relativo diritto non sia prescritto.

Per ambe le legislazioni l'azione petitoria può farsi valere fino a che non sia prescritto il diritto del quale si tratta.

Termino con qualche osservazione sulla competenza dei giudizii nelle azioni possessoria e petitoria anche per ciò che riguarda le servitù.

Per le leggi francesi, secondo il Pardessus pagina 326, le azioni petitorie sono di competenza dei Tribunali di circondario (*arrondissement*) salvo appello alla Corte reale (imperiale). Le possessorie spettano ai giudici di pace salvo appello al Tribunale di circondario. Questa semplice regola vale anche per le servitù prediali.

In quanto alle leggi austriache:

1.° Tutte le azioni per possesso minacciato o turbato, per le quali ha luogo la processura possessoria sommaria, anche quando vi entrino il Fisco e l' Erario militare, sono di esclusiva competenza di quella Pretura urbana o forese nel cui circondario giurisdizionale trovasi l'oggetto della controversia.

Così dispongono il § 1.° della sovrana Risoluz. 22 giugno 1825, il Decreto dell'aulica Cancelleria del 29 novemb. 1833 N. 48451 e la Sovrana Risoluz. del 21 giugno 1842.

Ciò vale anche nei casi di possesso minacciato o turbato in materia di servitù.

2.° Le azioni che hanno per oggetto un diritto reale (anche di servitù personale) su cose mobili, per le quali hanno luogo la processura possessoria ordinaria o la petitoria, sembrano pel § 2 della Norma di giurisdizione del 29 settembre 1829 in regola di competenza del giudice del domicilio del reo convenuto. Dico in regola perchè quella Norma porta eccezioni a favore di determinate persone, come, p. e., del Fisco, dell' Erario militare, delle persone militari, ecc.

3.° Le azioni che hanno per oggetto un diritto reale su cose immobili (quindi anche un diritto di servitù prediale o personale su immobili), per le quali hanno luogo le suddette processure possessoria ordinaria o petitoria, sono pel § 3 della suddetta Norma in regola di competenza del giudice (Tribunale provinciale, Pretura forese) nel distretto giurisdizionale del quale sono situate le relative cose immobili. Sembra che a questo foro soggiacciano quelle azioni anche quando si tratti d' immobili dell' Erario militare. Infatti per la sovrana Risoluzione del 21 giugno 1842 le contestazioni riguardanti anche la proprietà immobile di quell' Erario si trattano e decidono dinanzi al giudice avente giurisdizione reale.

a) In via di eccezione però queste azioni reali, quando trattisi dell' Uffizio fiscale o come attore o come reo convenuto, sono pel § 5 della suindicata Norma di competenza del Tribunale civile di I Istanza della capitale nella quale quell'uffizio risiede.

b) In via di eccezione poi della eccezione sembra che pel N.° 3 del § 5 di quella Norma, quando l'Uffizio fiscale essendo attore coll'autorizzazione delle superiori sue autorità lo prescelga, quelle azioni possano essere di competenza del Tribunale di I Istanza della provincia (Delegazione) ove si verifica il soggetto della lite.

c) Così pure in via di eccezione pel N.° 5 del suddetto § 3 e pel § 11 sembra che le azioni reali immobiliari, e quindi anche quelle per servitù riguardanti miniere, sieno di competenza del giudice delle miniere.

Venge ora alla nuova Norma di giurisdizione del 20 novembre 1852.

1.° Pel § 54 di essa tutte le azioni per turbato possesso (anche in materia di servitù) per le quali ha luogo la processura possessoria sommaria sono di competenza esclusiva di quella Pretura urbana o forese nel cui circondario avvenne il turbamento.

2.° Pel § 58 le azioni aventi per oggetto un diritto reale (anche di servitù personale) su cose mobili per le quali hanno luogo la processura possessoria ordinaria o la petitoria sono a scelta dell'autore di competenza o del giudice personale, o di quello nel cui circondario si trova la cosa mobile.

3.° Le azioni aventi per oggetto un diritto reale (anche di servitù prediale o personale) sopra beni immobili per le quali hanno luogo la processura possessoria ordinaria o la petitoria, sono, pel § 49 di quella Norma, di competenza di quella Pretura (forese) e pegl' immobili situati nella periferia di una città in cui risiede un Tribunale provinciale di competenza di quel Tribunale provinciale nel cui circondario è situato l' immobile, e ciò senza riguardo alla persona del possessore.

Pel § 50 se tale azione riguarda più immobili situati nel circondario di più Giudizii

Digitized by Google

della stessa provincia (Delegazione), può essere fatta valere dinanzi al Tribunale provinciale il cui circondario comprende quello di quei Giudizii, quando l'attore non prescelga di farla valere per riguardo ai singoli immobili dinanzi alle competenti Preture.

Se poi i beni immobili giacciono nel circondario di più Tribunali provinciali, l'azione dee essere fatta valere dinanzi a quel Tribunale provinciale nel cui circondario sta la maggior parte di essi. Essendo dubbio anche questo, l'attore ha la scelta del Tribunale provinciale al quale dirigersi.

Qui ho riportato le sole regole generali. Ommetto le indagini cui forse potrebbe dar luogo la redazione specialmeate del § 15 lettera *b* e dei §§ 38 e 39 di quella Norma per quanto può riguardare le servitù.

(*e*) Qui l'autore dice che la servitù prediale passa attivamente e passivamente agli eredi, cioè all'erede del concedente e del concessionario e segue il fondo dominante e serviente e così passa anche ai successori singolari.

Non bisogna però confondere una cosa coll'altra. Se segue il fondo dominante e serviente non passa sempre agli eredi e successori singolari, perchè non sempre essi vanno al possesso del fondo avente il diritto e di quello avente l'obbligo della servitù prediale.

Per sapere in chi passi la servitù prediale il criterio sembrami essere il seguente.

Essa è imposta su un fondo a vantaggio di un fondo altrui. È attiva pel fondo dominante, passiva pel serviente. Segue questi due fondi senza riguardo alle persone dei loro due possessori, qualunque sia il fondamento legale, il titolo del rispettivo loro possesso. Insomma un fondo serve ad un fondo altrui. Chi sia possessore dell'uno e dell'altro fondo è indifferente.

Se per eredità o per successione singolare il fondo dominante ed il serviente passano in possesso l'uno degli eredi o del successore singolare del concessionario, l'altro in quello degli eredi o del singolare successore, che sieno diversi, del concedente, in ognuno di questi due casi si può dire passare la servitù prediale attivamente e passivamente nei rispettivi eredi o singolari successori del concessionario e del concedente la servitù prediale.

Ma se i fondi dominante e serviente passano in due diversi terzi possessori, p. e., quando il concessionario abbia venduto il fondo dominante ad uno ed il concedente il fondo serviente ad altro compratore nè eredi nè successori singolari, allora non si può dire passare attivamente e passivamente la servitù prediale rispettivamente negli eredi o successori singolari del concessionario e del concedente. Si deve invece dire, passare essa nei rispettivi terzi possessori acquirenti i due fondi.

Così pure il criterio per sapere in chi passi la servitù detta dalla legge austriaca personale, parmi essere il seguente.

Essa è imposta su una cosa a vantaggio di una determinata persona. È attiva per quella determinata persona, passiva per la cosa altrui da essa aggravata. Segue la cosa serviente senza riguardo alla persona che la possiede. Insomma è la cosa che serve. Qua le sia la persona del possessore di essa è indifferente.

Se, p. e., per eredità o per successione singolare la cosa serviente passa negli eredi o nei singolari successori del concedente la servitù personale, allora si potrà dire passare quella servitù passivamente in essi. Ma se invece la cosa passa in un terzo possessore nè erede nè singolare successore del concedente, p. e., mediante vendita in un acquirente la cosa, allora non si può dire passare la servitù passivamente negli eredi o singolari successori del concedente. Si deve dire invece passare passivamente nel terzo possessore acquirente della cosa.

Digitized by Google

CAPUT III.

DE SERVITUTIBUS MIXTIS.

I. Servitutes mixtae quae dicantur. — II. Servitutis mixtae species quot sint?

I. *Postquam visum est de servitutibus realibus et personalibus, consequens est, ut nunc de mixtis tractemus, sicut est servitus ususfructus, usus et similes: quae ideo mixtae dicuntur, quia non sunt mere personales, quae debentur a persona personae, sicut sunt illae, de quibus primo loco diximus; nec mere reales, sicut sunt illae quae debentur a re rei, de quibus proxime dictum est: si de utrisque participant ex eo, quod debentur a re personae, ipsae etiam personales appellantur* (1) *quia cum persona semper finiuntur* (2), *et tamquam reales etiam ipsae dicuntur, et tamquam jura realia vendicantur* (3), *ut notat Cyn. in rubr. de usufruct.*

II. *Sed proprie mixtae dicuntur, ut habetur in dictis juribus. Species autem hujus servitutis sunt tres, ususfructus, usus et habitatio, et secundum aliquos est etiam ministerium, sive opera servorum. De singulis modo dicamus.*

(1) *Ut l. 1. ff. de serv.*
(2) *Ut l. non solum. 3. §. unic. 8. de lib. leg.*

CAPO III.

DELLE SERVITÙ MISTE.

I. Quali si dicano servitù miste. — II. Quante specie vi sieno di servitù miste.

I. Posciachè abbiamo parlato intorno le servitù reali e personali, s'addimostra necessario ch'ora trattiamo delle miste, quali sono le servitù d' usufrutto, d' uso e simili; che si appellano miste, appunto perchè non sono si meramente personali, che sieno dovute da una persona ad un'altra, come sono quelle delle quali primamente discorsi, e neppure meramente reali, come son quelle che una cosa deve ad un'altra, sulle quali or ora versai. Se partecipino di entrambe queste specie in guisa che sieno dovute dalla cosa alla persona, esse ancora si dicono personali, perchè si spengono sempre colla persona, e quasi reali elleno ancora si chiamano e si vendicano a guisa di reali diritti, come nota Cino nella rubrica *cod. de usufr.*

II. Ma propriamente si dicono miste (*a*), come ritraesi dagli accennati diritti. Tre poi sono le specie di queste servitù: l'usufrutto, l'uso e l'abitazione; e secondo alcuni è tale anche il servizio, o l'opera de' servi. Di ognuna di esse adesso parleremo.

et not. gloss. in rubr. ff. de serv. et l. si quis un. 32. ff. de usufruct. et Inst. de serv. in princ.
(3) *Ut l. uti frui. in princ. ff. si ususfruct. pet.*

ANNOTAZIONI AL CAPO III.

(*a*) Per la legge civ. austr. la servitù è personale, non mista, quando è imposta sulla cosa di uno a vantaggio della persona di un altro. La legge franc. non ammette altra servitù che la prediale. Chiama diritti sulle cose quelli che la legge austriaca qualifica servitù personali.

Digitized by Google

Pei §§ 472, 473, 482 del Codice austriaco, l'ultimo dei quali nel testo tedesco parla non già di *fondo* in ispecie, ma di *cosa* serviente in genere, sembrami essere la servitù personale l'obbligo della cosa di uno verso la persona di un altro, per cui il possessore della cosa è tenuto riguardo ad essa a tollerare o non fare qualche cosa, a vantaggio della suddetta persona.

Le differenze essenziali tra la servitù prediale e la personale sembranmi essere che la prima è imposta su un immobile, la seconda può esserlo anche su cosa mobile, e che la prima è imposta a vantaggio di un fondo mentre la seconda lo è a vantaggio di una persona.

Dall'essere la servitù personale imposta sulla cosa altrui ne viene ch' è un diritto reale operativo su essa senza riguardo a persone determinate.

Dall'essere imposta a vantaggio di una persona ne viene che cessa quando quella persona cessa di esistere.

Quale è poi la differenza tra la servitù personale e la semplice obbligazione personale?

P. e. viene ad uno conceduto di godere senza limitazione della cosa altrui salva la sostanza. Quando la concessione sarà servitù e quando semplice obbligazione personale?

Pel § 307 del Codice austriaco sarà servitù personale quando l'usufrutto sia imposto sulla cosa come diritto reale operativo su essa senza riguardo a persone specialmente obbligate, operativo quindi pel § 472 contro ogni possessore della cosa serviente.

Per lo stesso paragrafo sarà invece meramente obbligazione personale quando non sia imposto come diritto reale sulla cosa, ma lo sia puramente a carico di una data persona specialmente obbligata.

Nel primo caso l'obbligo segue la cosa in chiunque ne abbia il possesso. Nel secondo, trasferito il possesso della cosa in terza persona non specialmente obbligata, l'obbligo in questa non passa.

Domando ora se la servitù personale sia talmente ristretta alla persona a vantaggio della quale fu imposta, da non poterne da essa in nessun caso essere in altri trasferito l'esercizio fin ch'esso le spetta.

Tale quistione si scioglie facilmente secondo il Codice Napoleone.

È vero ch'esso non chiama servitù, ma diritti sulle cose l'usufrutto, l'uso e l'abitazione.

In ogni caso però l'usufruttuario, per l'articolo 595 di quel Codice, può godere da sè stesso, locare, vendere, cedere a titolo gratuito, insomma trasferire in altri l'esercizio del suo diritto fino a che questo gli spetta.

Per l'articolo 628 poi i diritti di uso e di abitazione sono regolati e sono più o meno estesi, secondo le disposizioni del titolo ossia dell'atto che gli ha costituiti.

Sicchè se il titolo permette di trasferirne in altri l'esercizio, questo può essere trasferito.

Solo quando il titolo nulla su ciò determini, l'usuario per l'articolo 631, l'avente il diritto di abitazione per l'articolo 634 non ponno trasferire in altri l'esercizio del loro diritto.

Perchè tutto ciò non potrà dirsi per le servitù personali secondo il Codice civile austriaco?

La distinzione alquanto sottile ed aerea fra il diritto stesso della servitù personale e l'esercizio di quel diritto, secondo la quale taluni conchiudono che se il secondo può essere in altri trasferito, non possa esserlo il primo, non mi pare produrre effetti pratici.

Infatti se l'esercizio del diritto della servitù personale può essere in altri trasferito, poco importa che non sia trasferibile lo stesso diritto. Un diritto senza esercizio si risolve in un'astrattezza.

L'esercizio dunque del diritto della servitù personale fino a che essa dura può essere o no in altri trasferito?

Le seguenti disposizioni del Codice austriaco portate nel progressivo loro ordine rispondono alla domanda.

L'esercizio delle servitù personali quando (notisi bene) non sia convenuto altrimenti, si regola secondo i seguenti principii (§ 504).

La servitù dell'uso consiste nel competere ad alcuno la facoltà di usare soltanto pei suoi bisogni della cosa altrui, salva la sostanza (§ 504).

L'usuario non può trasferire in altri il suo diritto (§ 507).

Digitized by Google

L'usufrutto è il diritto di godere senz'alcuna limitazione della cosa altrui, salva la sostanza (§ 509).

La servitù di abitazione consiste nel diritto di usare pel suo bisogno delle parti abitabili di una casa (§ 521).

Per l'usufrutto nessuna legge determina specialmente che l'esercizio non possa esserne in altri trasferito. Invece pel § 1257 il coniuge può cedere ad altri l' usufrutto (dicasi pure godimento, che pel § 509 è affatto lo stesso) che gli compete sui beni dell'altro coniuge. Ora se nessuna legge speciale vieta il trasferimento in altri dell'esercizio dell'usufrutto, esso potrà essere in altri trasferito. Se una legge speciale ne permette il trasferimento in un caso, perchè non sarà in altri casi permesso?

In quanto all'uso ed all'abitazione, l'esercizio loro non può essere in altri trasferito quando, secondo il § 504, non sia convenuto altrimenti. Dunque se l' atto che gli ha costituiti permette quel trasferimento, perchè non potrà aver luogo? Qual legge di pubblico ordine vi si oppone?

È vero che pel § 485 nessuna servitù può *arbitrariamente* disgiungersi dalla cosa serviente, nè trasferirsi ad altra cosa o persona.

Ma la parola *arbitrariamente* si riferisce essa solo alla prima od anche alla seconda parte di quel periodo?

Se si riferisce anche alla seconda parte, allora l'esercizio della servitù personale non può in altri arbitrariamente trasferirsi. Ma se l'atto costitutivo permette il trasferimento, quel trasferimento non è arbitrario. Dunque può aver luogo.

Se la parola arbitrariamente non si riferisce alla seconda parte di quel periodo del § 485, allora fa d'uopo conciliare la disposizione che la servitù personale non possa ad altra persona trasferirsi colla disposizione del § 504, per cui l'esercizio ne può essere trasferito quando ciò sia convenuto. Ora se il titolo ne permette il trasferimento, perchè non potrà aver luogo?

È vero anche che per l'altro § 442 non ponno trasferirsi i diritti circoscritti alla sola persona dell'alienante. Chi dunque esercita una servitù personale non potrebbe in altri trasferirla. Ma anche questo paragrafo fa d'uopo conciliarlo col § 504. Conciliatolo, ne viene che l'esercizio di essa può aver luogo quando il titolo, l'atto costitutivo lo abbia consentito.

Finalmente se le servitù personali o come diritto o come esercizio non potessero mai dal concessionario in altri trasferirsi, perchè sempre ristrette alla sua sola persona, non potrebbero essere estese nemmeno ai suoi eredi. Ma pel § 529 ponno esserlo per atto espresso. Se ponno esserlo agli eredi, ragione di più per ritenere che l'atto loro costitutivo possa permettere il trasferimento dell'esercizio di esse e che allora quell'esercizio possa essere in altri trasferito.

Domando finalmente come si debba intendere che la servitù personale finisca quando la persona che ne ha il diritto abbia cessato di esistere.

Tale quistione per la legge austriaca è decisa dal suddetto § 529. Per esso le servitù personali cessano colla morte del concessionario. Ponno essere espressamente estese ai di lui eredi. In dubbio per eredi s' intendono i soli primi successori legittimi. Concedute ad una famiglia passano in tutti i membri di essa. Acquistate da una persona morale durano fin ch'essa dura.

È decisa anche dagli articoli 617, 619, 625 del Codice Napoleone. Infatti:

L'usufrutto, l'uso e l' abitazione che si acquistano e perdono negli stessi modi, si estinguono colla morte naturale o civile del concessionario, se esso è un particolare.

Se non furono accordati a particolari, ma, p. e., ad una persona morale, non durano più di 30 anni.

Digitized by Google

CAPUT IV.

DE SERVITUTE MIXTA, VIDELICET DE SERVITUTE USUSFRUCTUS.

I. *Usufructus formalis, et causalis qui dicantur.* — II. *Usufructus quid, et quotuplex sit.* — III. *Dominium quotuplex esse dicatur.* — IV. *Fundus ad usumfructum, vel ad usufructuandum, si alicui relinquatur: an tunc usufructus, vel proprietas relicta videatur.* — V. *Domus vel fundus in gaudimentum si alicui legetur, an ipsa proprietas relicta videatur.* — VI. *Maritus si reliquerit uxorem dominam et usufructuariam sicut communiter fieri solet, an proprietas, vel usufructus, vel alimenta relicta videantur.* — VII. *Legatum usufructus a legato reditus nunquid differat.* — VIII. *Legatum fructuum annuorum talis fundi, vel legatum fructuum ejusdem fundi, in quo differant.* — IX. *Legato vel concessione usufructus quid veniat.* — X. *Usumfructum formalem alicujus fundi si quispiam emerit, et postea sterilitas contingat, an mercedis remissionem petere possit.* — XI. *Usufructus vel usus legatus quanto tempore duret.*

I. *Circa quam in primis sciendum est, quod duplex est usufructus, unus est causalis, alius formalis. Causalis dicitur, quia ex persona causatur, quando habet mixtam causam dominii, secundum Flor.* (1). *Vel dic, quod causalis dicitur, quia est conjunctus cum sua causa, id est, proprie-*

CAPO IV.

DELLA SERTITÙ MISTA, OVVERO DELLA SERVITÙ D' USUSFRUTTO.

I. Quale si dica usufrutto causale e quale formale. — II. Che cosa sia l' usufrutto e di quante specie. — III. Di quante specie si dica essere il dominio. — IV. Se, quando un fondo vien lasciato in usufrutto o da usufruttare ad alcuno, s' intenda lasciato l' usufrutto o la proprietà. — V. Se, quando è legata in godimento una casa od un fondo ad alcuno, s' intenda legata anche la proprietà. — VI. Se quando il marito lascia la moglie padrona ed usufruttuaria, come bene spesso suole accadere, s' intendano a lei lasciati, o la proprietà, o l'usufrutto, o gli alimenti. — VII. Se fra il legato d' usufrutto e il legato di reddito vi sia differenza. — VIII. In che differiscano il legato degli annui frutti di un dato fondo e quello dei frutti dello stesso fondo. — IX. Che cosa venga nel legato o concessione di usufrutto. — X. Se, quando alcuno ha comperato l' usufrutto formale di un fondo e poscia questo sia diventato sterile, possa dimandare la remissione della mercede. — XI. Quanto duri il legato di usufrutto, o di uso.

I. Rispetto a questa materia primieramente è da sapere che duplice è l'usufrutto; l'uno è causale, l'altro formale. Si dice causale, perchè è causato dalla persona, allorquando ha una causa mista di dominio, secondo il Fiorentino. Oppure di' che si chiama causale, perchè è congiunto alla sua cau-

Digitized by Google

nam a proprietate (1), *et illa ususfructus appellatur servitus, quae ita diffinitur.*

II. *Ususfructus est jus utendi et fruendi, salva rerum substantia, et est jus corporale, quo sublato, ipsum tolli necesse est* (2), *et adde dum dicitur, ibi, et fruendi, etiam propria auctoritate: quia fructuarius potest fructus capere propria auctoritate* (3) *quod non est in emptore fructum etiam pendentium* (4). *Et ratio est secundum Flor.* (5), *quia vendens fructus, videtur vendere corpora: qui autem vendit usumfructum, videtur jus vendere* (6), *censetur enim ususfructus pars integralis rei, et pars dominii* (7): *et ideo sicut proprietatis dominium est, ita etiam est dominium ususfructus* ut est gloss. not. in l. proprietatis dominium C. de prob., *quae semper allegatur, quod usufructuarius potest dici dominus respectu ususfructus, et sentit hoc glos. in rubr. de furt. dum dicit: sequitur de dominio incorporalium, et ibi hoc tenuit Guil. de Cun.* (8). *Et propterea usufructuario datur realis actio, et confessoria, et negatoria, quae domino dantur* (9), *de quo vide plene per Bart.* in l. qui usumfruct. de verb. oblig. *et ibi per Dd.*

III. *Unde etiam dicit Bart.* (10) *quod dominium est multiplex. Primo quoddam directum est, istud appellatur etiam proprietas* (11). *Secundo est quoddam utile, et illud non dicitur proprietas, interdum est sub proprietate substantialiter, ut dominium emphyteutae, et vasalli* (12); *interdum utile dominium contrariatur directo, ut dominio praescribentis* (13), *et de alio multiplici dominio Barthol.* (14). *Tertio quoddam est dominium adhuc magis discessivum, ut dominium ususfructus, et usus, et dominium cujuslibet servitutis. Item habentes praeeminentiam in subditos, appellantur domini* (*), *et hoc vocabulum in libello prolatum debet intelligi secundum*

(1) *Ut not. in d. l. recte dicimus, de verb. sign.*
(2) *Ut est text. in 1. et 2. ff. de usufr. et Inst. eo in pr. et die ut ibi.*
(3) *L. fundi Aebutiani,* 38. *et ibi not. ff. de usufruct. leg.*
(4) *L. qui pendentem vindemiam,* 25. *ff. de action. empt.*
(5) *In d. l. in princ.*
(6) *Ut l. vaccae,* 43. *ff. de evict.*
(7) *Ut l.* 5. *de usufruct. et l. recte dicimus, de verb. sign.*

formale per ciò che ha una forma distinta dalla proprietà. Tale usufrutto poi s' appella servitù, la quale così si definisce.

II. Usufrutto è il diritto di usare e godere di una cosa, salva la sostanza; ed è diritto corporale, tolto il quale, cessa pure l' usufrutto. E dove dicesi *e di godere* aggiungi: eziandio di propria autorità; perchè il fruttuario può prendere i frutti di autorità propria; facoltà, che non compete al compratore dei frutti ancora pendenti. E la ragione è questa, secondo il Fiorentino: perchè chi vende i frutti sembra vendere i corpi; chi poi vende l' usufrutto si reputa vendere il diritto. Imperciocchè l'usufrutto è stimato una parte integrale della cosa e parte del dominio; e però siccome v'ha il dominio di proprietà, così v'ha pure il dominio d'usufrutto, come dice la glossa sulla legge *propriet. dom. cod. de prob.*, che sempre viene citata, che, cioè, l'usufruttuario può chiamarsi padrone in riguardo all'usufrutto, e in ciò conviene anche la glossa nella rubrica *de furt.*, dicendo: proviene dal dominio delle cose incorporali; lo che fu ritenuto anche da Guglielmo da Cuneo. E perciò è data all' usufruttuario l' azione reale, confessoria e negatoria, che competono al padrone; intorno a che consulta appieno Bartolo *in l. qui usumfr. de verb. oblig.* ed ivi anche i dottori.

III. Laonde anche Bartolo dice che il dominio è di più specie. Primieramente alcuno è diretto, e questo si chiama anche proprietà. Secondariamente alcuno è utile e non ha nome di proprietà: ai alcune volte è sostanzialmente sotto la proprietà, come il dominio dell' enfiteuta e del vassallo; ed altre volte si oppone al diretto, come il dominio del prescrivente. Terzo v' ha un dominio ancor più diviso, quale è il dominio d'usufrutto e d' uso, e il dominio di qualsivoglia servitù. Del pari quelli che comandano ai sudditi si chiamano *signori* (*), e questo vocabolo posto in un libello dev'essere inteso secondo le qualità della persona. Donde

(8) *Et hic est text. in l. in venditione, in princ. ff. de bon. aucto. jud. poss.*
(9) *Ut l. uti frui. ff. si usufr. pet.*
(10) *In d. l. proprietatis.*
(11) *Ut ibi.*
(12) *Ut l.* 1. § *qui in perpetuum, et si ager vectig. vel emphyt. pet. etiam not. in l. si ut certo* § *si duobus vehiculum, ff. commod. et per gloss. fin. in c. cum Bertold. de re jud.*
(13) *Ut habentur in authen. nisi triennale. Cod. de bon. mater.*
(14) *In l. curatoris,* 17. *Codic. de neg. gest.*

Digitized by Google

qualitatem personae (1). *Hinc est quod dicitur dominium utile, sed habet se ad directum ad instar cujusdam servitutis, quia per ipsum incommodatur proprietas* (2), *et alibi etiam dicitur, quod dominium utile se habet ad similitudinem ususfructus* (3), *quia sicut usufructuarius totam commoditatem habet* (4), *ita et habens utile dominium; et sicut extincto usufructu proprietas impinguatur, ita extincto utili dominio, etiam impinguatur, quoniam utilitas revertitur ad ipsum, et ex hoc sequitur unum notabile, quod statutum loquens de usufructuario, extenderetur ad habentem jura utilia, si materia, de qua loquitur, hoc pateretur, et si comprehenderet emphyteutas, et vasallos, et filios, secundum Paul. de Castr.* (5). *Quandoque tamen sub nomine ususfructus continetur proprietas* (6). *Aliquando tamen minus valet proprietas, quam ususfructus, et e contra*, ut notat gloss. (7).

IV. *Sed est dubium, quid si relinquitur alicui fundus ad usumfructum, vel ad usufructuandum, an tunc videatur relictus ususfructus, vel proprietas? Dic proprietas, quia aliud est dicere, relinquo usumfructum, et dicere, relinquo ad usufructuandum, sicut aliud est dicere, relinquo alimenta ex praediis, et dicere, relinquo praedia* (8). *Sed numquid transeat ad haeredes? dic plene ibi per Bart. et de ista quaestione vide* in l. Titia cum testamento, § Titia de leg. 2. *et per Dyn., Bart. et Dd.* in l. donationes in concubinam § species ff. de donat. *et per gloss. et Dd.* in l. cum is § cui de transact. *et per Flor.* in l. Proculus ff. de usufruct. *et per Angel.* in l. si quis ita legaverit, eod. tit.

V. *Quid autem, si legatur domus vel fundus in gaudimentum, an videatur esse relicta proprietas, an vero ususfructus tantum? Et multi consulerunt, quod videatur esse relicta proprietas*, per d. l. Proculus. *Sed dicit Flor. quod hoc videtur*

ne segue che si appelli dominio utile, ma che rispetto al diretto esista a guisa di qualunque servitù, poichè per esso la proprietà è limitata; ed altrove si dice ancora che il dominio utile sussiste a somiglianza dell'usufrutto, perchè siccome l'usufruttuario ha tutti i vantaggi, come nota Cino, così li ha pure chi possiede l'utile dominio; e siccome, estinto l'usufrutto, la proprietà s'accresce, così, spento l'utile dominio, s'aumenta egualmente, perchè l'utilità è ad essa restituita; donde procede una notabile conseguenza, ed è: che lo statuto che tratta dell'usufruttuario si estenderebbe a chi gode degli utili diritti, se la materia, sulla quale versa, ciò permettesse manifestamente, e se comprendesse gli enfiteuti, e i vassalli e i figli loro, giusta la dottrina di Paolo di Castro. Nondimeno talora la proprietà è compresa nel nome di usufrutto (*a*). Alle volte tuttavia la proprietà vale meno dell'usufrutto, e viceversa, come nota la glossa.

IV. Ma vi è dubbio, se quando vien lasciato a taluno un fondo in usufrutto o ad usufruttare, s'intenda lasciato l'usufrutto, oppure la proprietà. Di' la proprietà, perchè altro è dire: lascio l'usufrutto, ed altro: lascio da usufruttare; com'altro è pure il dire: lascio gli alimenti da percepirsi dai fondi, ed altro: lascio i fondi. Ma forse passerà egli agli eredi? e tu rispondi interamente con Bartolo, e su tale quistione consulta la legge *Titia cum testamento* § *Titia de leg.* 2, e Dino e Bartolo e i dottori sulla legge *donationes in concubinam* § *species ff. de donat.* e la glossa e i dottori sulla legge *cum is*, § *cui de transact.*, e il Fiorentino sulla legge *Proculus ff. de usufructu*, ed Angelo sulla legge, *si quis ita legaverit, eod. tit.*

V. Se fosse legata in godimento una casa od un fondo, s'intenderà lasciata la proprietà di quella o quelle, oppure l'usufrutto soltanto? E molti opinarono che s'intenda lasciata la proprietà in virtù dell'allegata legge *Proculus*. Ma dice il Fiorentino che

Digitized by Google

opinio, quod intelligatur relicta proprietas, posset salvari, secus si filii essent instituti, et sic a patre praedilecti, quae opinio aequa est. Et de ista quaestione vide per Dyn. in cons. suo, *quod incipit, quidam in testamento, ubi dicit, quod legatarius habet quasi usumfructum, et vide Bald.* (1), *qui tenet tale relictum transferri ad haeredes legatarii* (2), *quia modus favore legatarii non restringit legatum, de quo etiam vide* ff. de donat. l. donationes § species.

VI. *Item quid si maritus relinquit uxorem dominam, et usufructuariam* (**) *sicut communiter fieri solet: an videatur relicta proprietas, vel ususfructus, vel alimenta? Dic sola alimenta filiis institutis: secus si extranei* (3), *ubi per omnes, et plene per Bart.* l. Titia cum testamento § fin. de leg. 2. *et Bald.* in l. filia C. de indict. vidui., *quod intellige superstitibus filiis institutis: secus si filii moriantur viva matre, quia tunc efficeretur proprietaria, ut notat singulariter Bart. per illum text.* in l. sicut in annos, quibus modis ususfr. amit.

VII. *Numquid autem differat legatum ususfructus a legato reditus, et in quolibet? Dic quod sic* (4). *Differentia etiam est inter usumfructum et facultatem fructuum percipiendorum, quam vide per Old.* in suo consi. 200. *Aliud est enim ususfructus qui est jus, ut dixi in ejus diffinitione, et aliud est perceptio fructuum, quae est quid facti, non juris, et ideo ususfructus non recte fructus appellatur, ut not. Ang.* (5). *Aliquando tamen capitur ususfructus pro facultate fructuum percipiendorum, not. Ang.* (6).

VIII. *Sed an sit differentia, si quis legaverit fructus annuos talis fundi, vel usumfructum ejusdem fundi,* vide text. et ibi gloss. ord. et Dd. in l. si quis ita legaverit, ff. de usufruct.

IX. *Dubium esse potest, quid veniat in legato, vel concessione ususfructus. Dic quod venit patientia promittentis, vel e-*

(1) *In l. si habitatio de usu et habit. et in apostil.*
(2) *Per not. in d. l. libertis.*
(3) *Ut est gloss. in authen. quod locum, C. si secundo nub. mulit.*

stranei, l'opinione che sia lasciata la proprietà potrebbe pienamente sussistere; ed altrimenti, se fossero istituiti i figli, in tal guisa prediletti dal padre; la quale opinione è conforme all' equità. Intorno questa quistione vedi quanto scrive Dino nel *suo consiglio*, che comincia *quidam in testamento*, dove dice che il legatario ha il quasi usufrutto; e vedi anche Baldo, il quale ritiene che questo lascito passi agli eredi del legatario, perchè il modo in favore del legatario non restringe il legato, intorno a che osserva ancora la *leg. donationes § species ff. de donat.*

VI. Del pari, se il marito lascia padrona ed usufruttuaria la moglie (**), come suole accadere comunemente, s' intenderà lasciata la proprietà, oppure l'usufrutto, o gli alimenti? Rispondi: i soli alimenti ai figli istituiti, e neppur quelli se non fossero soggetti alla patria potestà; nel che convengono tutti i dottori e pienamente Bartolo nella legge *Titia cum test. § fin. de leg.* 2, e Baldo sulla legge *filia cod. de indict. vidui.* Ed intendi: ai figli istituiti *superstiti*; perchè se i figli morissero essendo viva la madre, avverrebbe altrimenti, avvegnachè quella allora diventerebbe proprietaria, come singolarmente avverte Bartolo, in virtù del testo della legge *sicut in annos, quibus modis ususfruct. amittatur.*

VII. Differisce poi forse il legato di usufrutto da quello di reddito in qualunque caso? Rispondi che sì. V'ha eziandio differenza fra l'usufrutto e la facoltà di percepire i frutti, come puoi vedere in Oldrado, nel suo consiglio 200.°. Imperciocchè altro è l'usufrutto, il quale è un diritto, come dissi nella sua definizione; ed altro è la percezione dei frutti, la quale è un certo che di fatto, non già di diritto: e però l'usufrutto malamente si chiama frutto, come nota Angelo. Nondimeno talvolta si prende l' usufrutto per la facoltà di percepire i frutti, come nota lo stesso Angelo.

VIII. Ma v' ha forse differenza fra il legato de' frutti annui di un dato fondo e quello dell'usufrutto dello stesso fondo? Vedi il testo e la glossa ord. su quello, ed i dottori sulla legge *si quis ita legaverit, ff. de usuf.*

IX. Può essere altresì dubbioso: cosa venga nel legato, o nella concessione di usufrutto. Rispondi, che viene la pazienza di

(4) *Ut est text. in l. fundi Aebutiani, et ibi not. de usufruct. leg.*
(5) *In l. dominus, ff. de usufruct.*
(6) *In l. Pomp. ff. quib. mod. ususfruct.*

Digitized by Google

jus haeredis, quia clare intelligitur quis usufructuarius, quando patitur quem uti frui (1). *Item legato ususfructus veniunt boves aratorii, quos haeres non potest removere de fundo, ut probatur in* l. item si fundi 9. § seminarii 6. ff. de usufruct. *et ibi hoc not. Ang. et Flor. Item legato ususfructus fundi, videtur legatus ususfructus frumenti ad seminandum deputati* (2). *Item usufructuarius debet habere omnes fructus, etiam si ususfructus non durasset per unum diem: quod secus est in viro et uxore, ut not. Barthol.* (3). *Item usufructuarius potest facere pingere, vel sculpere arma sua, in quo habet usumfructum* (4). *Et est ratio, quia per hoc non efficeretur deterior conditio rei, nec mutatur ejus substantia: alias secus esset* (5). *Item adde, quod vendita gabella fructuum, non videtur venditus ususfructus hominum, qui nascentur, pro quibus aliquid solvitur* (6).

X. *Et est quaestio pulchra, an ille qui emit usumfructum formalem alicujus fundi, si postea contingat sterilitas, possit petere remissionem mercedis? Et videtur, quod sic* (7). *Et pro hoc, quia emptori fructuum futurorum fit talis remissio* (8), *dicas contrarium, scilicet, quod non debeat fieri remissio aliqua: quia jus utendi est pro concessione juris: non autem pro fruitione facti obligavit concedens usumfructum* (9). *Et ideo refert, utrum concernat perceptionis effectum, et tunc fiat remissio: aut primum remissionis actum, et tunc non fiat remissio, quia non est impedimentum, secundum Bald.* (10).

XI. *Quanto autem tempore duret ususfructus vel usus legatus? Respondeo, dic, quod centum annos: quia ista est vita longaevi hominis* (11). *Idem dicas in legato ususfructus relicto civitati vel castello, ut duret centum annos, ut est casus in dictis*

(1) *L. 3. dare de usufruct.*
(2) *Ut est text. in d. § seminarii, et ibi hoc etiam not. Angel.*
(3) *In l. divortio, ff. sol. matr. ad quod vide not.*

chi ha promesso, o del di lui erede, perchè chiaramente s'intende che un tale è usufruttuario quando si soffre che usi e fruisca (*b*). Del pari vengono nel legato di usufrutto i buoi da aratro, che l' erede non può torre dal fondo, come lo prova la legge *item si fundi* 9, § *seminarii* 6. *ff. de usufr.* e come sovr' essa notano Angelo ed il Fiorentino. Così pure nel legato di usufrutto d' un fondo si intende compreso l' usufrutto del frumento destinato alla seminatura (*c*). Parimenti l'usufruttuario deve avere tutti i frutti, anche se l'usufrutto non durasse un solo giorno; ma sarebbe altrimenti pel marito e per la moglie, come avverte Bartolo (*d*). Del pari l'usufruttuario può far dipingere o scolpire i suoi stemmi là dove ha l' usufrutto. Ed a buon dritto, però che la condizione della cosa non diventa peggiore per tali novità, nè viene mutata la sua sostanza; in caso diverso non lo potrebbe. Parimenti aggiungi, che venduta la gabella dei frutti, non s' intende venduto l'usufrutto degli uomini che nasceranno, pei quali si paga alcunchè.

X. Ed è una bella quistione: se quello che compra l'usufrutto formale di un fondo, divenuto questo sterile, possa dimandare la remissione della mercede? E sembra che si, e poichè si fa una tale remissione al compratore dei frutti futuri, dirai il contrario nel caso presente, cioè, che non ne debba esser fatta alcuna; imperciocchè il diritto d'usare sta per la concessione del diritto, nè chi concesse l'usufrutto s'obbligò mai per la fruizione di fatto. E però importa sapere se riguardi l' effetto della percezione, ed allora si fa la remissione; o pure, se il primo atto di remissione, ed allora ella non si fa, perchè, secondo Baldo, non v' ha impedimento (*e*).

XI. Quanto tempo poi dura il legato di usufrutto, o di uso? Rispondi: cento anni; perchè questa è la lunga vita d' un uomo. Dirai lo stesso pel legato di usufrutto lasciato ad una città o ad un castello, cioè, che dura 100 anni, com'è il caso ne'predetti di-

(6) *Ut l. vetus est quaest. 68. de usufruct. et ibi hoc tenet Ang.*
(7) *Per l. licet C. locat. et c. propter sterilitatem, entr. de loc.*

Digitized by Google

juribus. *Ultimò adde, quod dicit usufructus constitutus finitur morte usufructuarii* (1), *ita etiam finitur species usufructus constituendi* (2). *Caetera circa istam materiam vide per Azo* (3), *quia non intendo ipsam hic latius declarare, quia longissima est.*

(1) *Ut § finitur Inst. de usufruct.*

(2) *Ut probatur L. Sempronius Attalus de usufruct. leg. et l. qui usumfruct. in verb. hoc ita se ff. de usufruct. quos text. allegat. ad hoc jud. pro notabil. in 462. stipulari quod incipit, usufructus cons.*

(3) *In sum. C. de usufruct. et in toto illo tit. ff. eod. et in c. fin. et ibi per gloss. Cuno extr. de pign.*

(*) *Domini. Quomodo accipiatur verbum dominus, vide Alex. in 2. cons. 129. ult. col. per totum, et in 4. vol. cons. 5. in 2. colum., et Cornetum consil. 122. incip. visis in 3. colum.*

(**) Usufruct. *Adde Alex. cons. 66. per totum, in 3. volum. et utrum, et quando si testator relinquens uxorem usufructuarium, instituit haeredem utilem post mortem uxoris, et unum alium in re certa, an valeat legatum usufruct. vide cons. 58. in 1. et 2. colum. in 5. vol.*

riti. Da ultimo aggiungi, che siccome l'usufrutto costituito finisce colla morte dell'usufruttuario, così finiscono anche le specie di usufrutto da costituirsi. Vedi poi in Azzone tutto ciò che resta a dirsi in questa materia, perchè io non intendo di trattarne più ampiamente, essendo ella sommamente lunga (*f*).

(*) *Domini.* In qual modo s'intenda la voce *dominus*, vedi Alessandro nel 2. vol., cons. 129, ult. colon. per intero, e nel 4. vol. il cons. 5, colonna 2, ed il Corneo cons. 29, che comincia *visis*, 3. colonna.

(**) *Usufruttuaria.* Aggiungi: Alessandro cons. 66. per intero, 3. vol., e se valga il contratto d'usufrutto nel caso che il testatore lasciando la moglie usufruttuaria, istituisca un erede utile dopo la morte di quella, ed un altro erede sulla cosa certa, vedi il cons. 58, 1. e 2. colonna, vol. 5.

ANNOTAZIONI AL CAPO IV.

(*a*) Pel Codice Napoleone e per l'austriaco non si direbbe troppo esattamente la proprietà essere compresa nel nome di usufrutto, ed avere la proprietà di una cosa chi ne ha l'usufrutto. Non si direbbe quindi troppo esattamente essere l'usufrutto ora congiunto a quella proprietà ed ora disgiunto da essa; essere ora causale ed ora formale.

Pel § 534 del Codice austriaco e per l'art. 547 del Codice Napoleone il proprietario ha diritto agli utili, ai frutti (naturali, civili, industriali) della cosa sua.

Il proprietario della cosa ha dunque, nel linguaggio di quelle leggi, utili, frutti, non usufrutto.

L'usufrutto invece pel § 509 del Codice austriaco e per l'art. 578 del Codice Napoleone è il diritto di godere senza limitazione, come farebbe lo stesso proprietario, della cosa altrui, salva la sostanza.

Il godimento della cosa propria per parte del proprietario non è dunque veramente un usufrutto di essa. Il solo godimento della cosa altrui salva la sostanza è usufrutto.

Non havvi dunque veramente un duplice usufrutto, quello sulla cosa propria e quello sull'altrui. Havvi il solo usufrutto sulla cosa altrui, che per la legge francese è un diritto, per l'austriaca una servitù personale su quella cosa.

Nemmeno direbbesi esattamente essere l'usufrutto parte del dominio, per dire ch'è una parte del diritto di proprietà.

Che in generale anche l'usufrutto, specialmente pel § 353 del Codice austriaco, sia una proprietà, lo accordo. E ciò perchè ivi per proprietà intendesi tutto ciò che ad uno appartiene, ogni sua cosa corporale ed incorporale. Quindi in generale chi ha l'usufrutto può dirsi proprietario di esso.

Ma considerata la proprietà come un diritto, l'usufruttuario non ha diritto di proprietà.

Infatti pel § 354 del Codice austriaco la proprietà è il diritto di disporre a piacimento della sostanza e degli utili della cosa sua. Per l'art. 544 del Codice Napoleone è il diritto di godere e disporre nel modo il più assoluto della cosa sua in conformità alle leggi ed ai regolamenti.

Invece l'usufrutto è il diritto di godere della cosa altrui, salva la sostanza. Avere il godimento senza disposizione non è avere diritto di proprietà. L'usufrutto dunque non può dirsi parte del diritto di proprietà.

(*b*) Per la legge francese l'usufrutto è il diritto di godere senza limitazione della cosa altrui, salva la sostanza. Lo stesso per l'austriaca. Quando dunque a taluno sia la-

Digitized by Google

sciato un fondo in usufrutto ad usufruttuare, esiterei a ritenere che gliene sia lasciata la proprietà.

Cosa infatti vuol dire usufruttuare? Vuol dire godere, usare dei frutti della cosa. Non vuol dir anche disporre di essa. Ma il disporre unito al godere della cosa è ciò che costituisce il diritto di proprietà. Se dunque usufruttuare non è disporre e godere della cosa, cosa lasciata ad usufruttuare non è lasciata in proprietà.

Così, venendo lasciato il godimento di una casa o di un fondo, n'è lasciato il solo usufrutto, non la proprietà, perchè l'usufrutto sta appunto nel godere, salva la sostanza.

Così, lasciata dal marito la moglie padrona ed usufruttuaria, le sarebbe lasciata la direzione economica e l'usufrutto, salva la porzione legittima a chi fosse dovuta.

Così infine, lasciate le rendite e i frutti di una cosa, sarebbe lasciata la percezione di quelle rendite, di quei frutti, non l'usufrutto della cosa, perchè l'usufrutto, che è la facoltà di godere senza limitazione, come farebbe lo stesso proprietario, della cosa altrui, salva la sostanza, comprende di più della semplice facoltà di percepire quelle rendite, quei frutti.

E tutto ciò quando pel § 655 del Codice austriaco non fosse provato che il disponente dava alle suddette parole da lui adoperate un senso speciale a lui solo proprio e significante cosa diversa. E tutto ciò quando pel Codice Napoleone interpretata la disposizione più secondo la intenzione del disponente che secondo il senso letterale delle parole, non risultasse lasciata cosa diversa.

(*c*) Pel § 296 del Codice austriaco i grani e gli animali sono pertinenze del fondo fino a che sono necessarii alla continuazione della economica amministrazione di esso.

Pegli art. 522 e 524 del Codice Napoleone ne sono pertinenze gli animali addetti alla coltivazione e le sementi date agli affittuarii ed ai coloni parziarii.

Quando dunque chi lasciò l'usufrutto non avesse diversamente disposto, sembra che i bovi d'aratro e le sementi destinate al fondo, essendo pertinenze di esso, debbano ritenersi comprese nel suo usufrutto.

(*d*) In quanto al tempo pel quale spettano i frutti e gli utili all'usufruttuario veggansi il § 519 del Codice austriaco e gli articoli 585 e 586 del Codice Napoleone.

(*e*) Qui l'autore propone la seguente quistione. Quegli che compra l'usufrutto formale di un fondo, se questo fondo sia poscia colpito da sterilità, può pretendere remissione di mercede?

Cosa domanda l'autore con ciò?

Domanda forse se competa remissione di mercede a chi avesse preso in locazione dall'usufruttuario il fondo aggravato dall'usufrutto, ogni qual volta fosse colpito da totale o da parziale sterilità?

Se ciò domanda, credo di poter rispondere così:

Pel § 1104 del Codice austriaco, nel caso di totale sterilità della cosa locata, non si dee pagare veruna mercede.

Pel § 1105 nel caso di sterilità parziale sembra essere dovuta diminuzione di mercede, quando la locazione sia per un solo anno e quando i frutti del fondo locato sieno diminuiti oltre alla metà dell'ordinario prodotto. Calcolato il valore dei frutti percepiti, il conduttore ottiene ciò che manca per arrivare alla somma del fitto. E ciò quando egli non abbia assunto a suo carico il pericolo.

Pel Codice Napoleone se ne veggano gli articoli 1769-1773.

Domanda invece l'autore, se in causa di sterilità competa restituzione di prezzo a chi avesse comprato dall'usufruttuario l'esercizio dell'usufrutto sulla cosa ad esso soggetta fin che vi fosse soggetta?

Se ciò domanda crederei di poter rispondere così:

Comprato l'esercizio dell'usufrutto, ossia il godimento della cosa ad usufrutto soggetta, per un determinato prezzo, non mi pare comprata cosa sebbene futura pure deter-

Digitized by Google

in causa di sterilità il rischio è tutto suo, sicchè non può pretendere restituzione di prezzo. E ciò tanto più in quanto che pel § 1268 nei contratti di sorte non ha luogo nemmeno il rimedio della lesione.

L'art. 1964 del Codice Napoleone non annovera tale compra-vendita fra i contratti di sorte. Essa dev'essere dunque una vendita ordinaria.

Ciò posto: per l'art. 1583 la vendita è perfetta e la proprietà si acquista di diritto dal compratore riguardo al venditore al momento della convenzione sulla cosa e sul prezzo, sebbene non ancora consegnata la prima nè pagato il secondo.

Per l'art. 1614 dal dì della vendita tutti i frutti spettano al compratore.

Per l'art. 1138 la obbligazione di consegnare la cosa è perfetta col solo consenso dei contraenti. Essa costituisce proprietario il creditore e fa che la cosa resti a suo pericolo dal punto in cui dovrebb' essere, sebbene non sia stata consegnata, purchè il debitore non sia in mora della consegna, nel qual caso la cosa rimane a rischio di questo.

Se dunque dal dì della vendita, la cosa, i frutti, sono del compratore; se dal punto in cui avrebbe dovuto averne luogo la tradizione, quando non vi sia mora in essa, sono a di lui rischio e pericolo, sembra che venduti senza che vi abbia mora nella consegna, l'esercizio dell'usufrutto, i frutti della cosa ad esso soggetta, ove i frutti manchino per isterilità, manchino a rischio e pericolo del compratore, il quale non può far quindi pretensione a restituzione di prezzo. E ciò tanto più in quanto che per l'art. 1674 il rimedio della lesione è ammesso nelle sole vendite d'immobili, perlochè nel caso presente non avrebbe luogo.

In quanto al caso di tradizione a tempo debito ommessa per fatto del venditore, veggansi gli art. 1640-1641.

Prescindendo poi da qualunque disposizione di diritto positivo, il buon senso dice che, venduta e consegnata una cosa, gli utili, i frutti, ne spettano al compratore, sicchè se periscono per caso fortuito, periscono a suo danno senza che per ciò domandar possa restituzione di prezzo. Quale contratto di vendita sarebbe quello nel quale, dopo consegnata la cosa, il venditore potesse chiedere restituzione di prezzo alla evenienza di ogni caso fortuito che la colpisse?

(f) In quanto al finire l'usufrutto col cessare di esistere l'usufruttuario, ne ho parlato nella chiusa dell'annotazione al capo III.

Digitized by Google

CAPUT V.

DE SECUNDA SPECIE SERVITUTIS MIXTAE, DE SERVITUTE USU.

I. *Usus diffinitio quaenam proprie sit.* — II. *Usus quotuplex existat.* — III. *Usus quot modis capiatur.* — IV. *Usus in quantum servitus est, quid in se contineat.* — V. *Usus domus vel aedium in specie quid comprehendat.* — VI. *Usus aedium, habitationis, fundi, servitutis, pecoris, boum, armenti et equi, quid sint remissive.*

I. *Ad secundam itaque servitutem mixtam, quae est usus, accedamus: et ita diffinitur. Usus est jus alienis rebus utendi salva rerum substantia,* ut probatur in l. 1 cum gloss. in verb. utendi, ff. de usufruct., *nam non dixit fruendi, ad differentiam ususfructus et ibi not. Diffinit autem aliter usum Arch.* in c. quamvis de off. deleg. lib. 6, *ubi dicit secundum Augustinum, quod uti est id, quod in usum venerit, referre ad id quod fruendum est; secundum eum, uti, est quae sunt ad finem ordinata in finem referre, et illicitus usus abusus vel abusio potius denominandus est. Ista definitio ponitur etiam* in lib. Senten. in princip. in 2 c., *sed non convenit proprie usui, qui servitus dicitur; ideo primam teneas, et eam declara* (1).

II. *Et scias quod usus est duplex, sicut*

CAPO V.

DELLA SECONDA SPECIE DI SERVITÙ MISTA, CIOÈ DELLA SERVITÙ DI USO.

I. Quale sia la propria definizione dell' uso. — II. Quante specie d' uso vi siano. — III. In quanti modi si riguardi l' uso. — IV. Cosa comprenda l' uso considerato come servitù. — V. Cosa specialmente comprenda l' uso della casa o degli edifizii. — VI. Cosa sia succintamente l' uso degli edifizii, dell' abitazione, del fondo, della servitù, del gregge lanuto, dei buoi, dell' armento e del cavallo.

I. Passiamo adunque alla seconda servitù mista, ch' è l' uso: la quale così si definisce: l' uso è il diritto di usare delle cose altrui, salva la loro sostanza, com' è provato dalla legge 1.a insieme alla glossa sulla parola *utendi ff. de usufruct.*, imperciocchè ivi non si trova aggiunto: *e di godere*, a differenza dell' usufrutto, locchè è da notarsi. Arch. poi definisce altrimenti l' uso nel c. *quamvis de off. deleg. lib.* 6, dove dice, secondo Agostino, che usare è riferire ciò che si ha in uso a ciò ch' è da godersi; e secondo lui usare è rivolgere al fine quelle cose che ad un fine sono destinate; e l' uso illecito, piuttosto che uso, dee appellarsi abuso od abusione. Questa definizione è posta altresì nel libro *Sent. in princ.* cap. 2; ma veramente non conviene all' uso, il quale si dice servitù; dunque accetta la prima accennata e quella spiega.

II. E sappi che dicesi l' uso, come an-

Digitized by Google

usumfructum, videlicet quod aliti ingressus non utatur: quia cum ususfructus sit duplex, juris et facti, intelligitur ingrediens sensisse usumfructum facti, qui retinetur conniventibus oculis abbatis (1). *Item scias, quod verbum uti spectat ad usuarium; verbum frui, ad usufructuarium capiendo, frui, pro eo quod est juris* (2), *non autem pro eo quod est perceptio fructuum*(3), *sed jus fruendi utendi spectat ad usufructuarium* (4). *Patet ex diffinitione etiam ususfructus, quam supra retuli, quod fallit simpliciter, quando concederetur uni res pleno jure, cum clausula ad utendum et fruendum. Nam tunc clausula non continet concessionem* (5), *nisi adjiciatur, ad utendum et retinendum in vita sua* (6). *Item adverte, quandoque quis habet jus utendi, fruendi: et alter habet facultatem percipiendorum fructuum* (7). *Et adverte: quia principalis differentia inter usumfructum et usum est, quod servitus ususfructus est plenissima. Nam ad usufructuarium omnes fructus pertinent* (8). *Sed ad usuarium illi tantum pertinent regulariter, qui sunt necessarii* (9). *Isto tamen verba, uti, frui, per se sumpta, vel simul, aliter capiuntur apud theologos* (10).

III. *Capitur autem usus multis modis. Primo pro jure servitutis, sicut dictum est, et ita loquitur totus titulus* ff. de usu et habit. (11). *Secundo capitur quandoque pro usufructu* (12). *Tertio capitur pro commoditate utendi, cum tamen vere non sit usus* (13). *Quarto capitur pro eo quod quis pro suo usu habet, vel sui usus causa paratum est* (14), et per Ang. in l. ex facto l. 2 ff. de haered. instit., *ubi dicit, ea quae ad usum nostrum referimus, semper*

l'usufrutto, e dicono che tale ingresso non dà l'uso: perchè essendo duplice l'usufrutto, di diritto e di fatto, si reputa che l'entrante s'abbia riserbato quello di fatto, il quale si ritiene colla dissimulazione dell' abbate. Sappi ancora che la parola *usare* spetta all'usuario, e la parola *godere* all'usufruttuario; intendendo *godere* nel senso di ciò che è di diritto, non già di ciò che è percezione dei frutti, come dissi di sopra sull' usufrutto, che differisce dal frutto. Ma il diritto di godere ed usare spetta sempre all' usufruttuario. Dalla definizione dell' usufrutto sopraccennata consegue ancora, che s'inganna per semplicità colui che concede ad un altro in pieno diritto una cosa, colla clausola, da *godere* e da *usare*. Imperciocchè allora la clausola non comprende la concessione se non vi si aggiunga: da usare e tenere durante la sua vita. Parimenti avverti che alcuna volta taluno ha il diritto di usare e godere, e tal altra ha la facoltà di percepire i frutti. Ed avvertilo, perchè la principale differenza che siavi fra l' usufrutto e l' uso si è questa: che la servitù d'usufrutto è pienissima. Imperciocchè tutti i frutti spettano all'usufruttuario; ma all'usuario di regola quelli soltanto che sonogli necessarii. Nondimeno queste parole *usare*, *godere*, prese separatamente od insieme, hanno un diverso significato presso i teologi.

III. L'uso poi viene inteso in molti sensi. Primieramente per diritto di servitù, come fu detto, in questo senso lo riguarda tutto il titolo *ff. de usu et habit.* Secondo, alle volte s'intende per usufrutto. Terzo, si prende per comodità di usare, benchè veramente questo non sia uso. Quarto, si prende per ciò che alcuno tiene per suo uso, o che è apparecchiato a cagione del suo uso. Così Angelo sulla legge *ex facto ff. de haered. instit.*, dove dice che quelle cose le quali si riferiscono al nostro uso si stimano sempre esser

(1) *Et allegavit extravagantem Ioan. 22. quae incipit ad conditorem*; de qua quaestione *vide per gl. in l. per servum ff. de usu et hab. et auth. ingressi, C. de sacro Eccles.*

(2) *Ut est text. in l. 2. in pr. ff. de usu et hab.*

(3) *Ut dixi supra de usufr. differt a fructu, l. voccae de evict.*

(4) *Ut est text. in l. uti frui, in princ. ff. si usufr. pet.*

(5) *Ut l. donationes in concubinam, § species ff. de donat.*

(6) *Ut l. cum hi: § uni. de transact. ita not. Bald. in l. 1. in 2. col. vers. not. quod fructus, l. quando C. de fruct. et lit. expens. quod not. bene.*

(7) *Leg. si ususfruct. ff. de jure dot. et leg. si ususfruct. ff. sol. matr. et not. Ioan. Andr. in addit. ad Spec. in rubr. de praeb. ad fin.*

(8) *Ut l. usufruct. legat. ff. de usufruct.*

(9) *Ut Inst. de usu et hab. in princ. et l. plenam § 1. eod. tit. etc.*

(10) *Ut per Aug. lib. 1. de doctrina Christiana, et lib. 10. de Trinit.*, et habetur etiam *lib. 1. sentent. c. 2. lib. 22. c. 1. de quo ut ibi.*

(11) *Instit. eodem cum simil.*

(12) *Ut est text. cum glos. in authen. de haered. quae ab intest. defer. § si vero sum ascendentibus, et in authen. de non alig. Secundo sub. § 1. et § prospeximus.*

(13) *Ut l. si is qui binas, 30. ff. de usufructu, et l. si alii, 42. ff. eod. titul.*

(14) *L. in lege testoria 302. ff. de verb. sing. et leg. cum in testamento de auro, argent. legato.*

Digitized by Google

intelligantur esse illico ubi sumus, nisi aliter appareat (1). *Quinto et ultimo capitur pro eo, quod dicitur usus communis, sicut est consuetudo* (2). *Et propterea dicitur communis usus loquendi et intelligendi* (3).

IV. *Sed sciendum est, quid contineat in se usus in quantum est servitus. Dic in genere, ut colligitur de diffinitione, quam supra tradidi* (4).

V. *Sed in specie, quid contineat in se usus domus vel aedium? Dic* (5) *quod non potest inducere ganeas seu meretrices usufructuarius, vel usuarius, nec etiam scholaris socius in domo conducta: sicut nec vicinus potest invita vicinia meretricem in domo, ut notant Guil. de Cun. et Dd.* (6). *Item nec socius potest tenere concubinam* (7), *nec inimicum socii* (8), *ibi, vel contumeliose* (9), *nec aliquam personam, per quam possit inferri contumelia socio vel domino proprietatis, per illum textum quam bene notat.*

VI. *Quid autem contineat usus aedium seu domus,* vide in l. arboribus alias l. aequissimum § sed si aedium cum sequent. usque ad finem de usufr. *Item quid contineat usus habitationis vel habitatio* (*), vide l. cum antiquitas et l. habit. C. de usufr. et inst. de usu et hab. § sed si cui hab. et l. si hab. ff. eod. tit. *de quo dic, ut plenius dicam in sequenti servitutis specie mixtae. Item quid de usu fundi* (10). *Item quid de usu servi* (11). *Item quid de usu pecoris* (12). *Item quid de usu boum et armenti et equi* (13). *Item quid de usu aquae* (14). *Item quid de ministerii usu et operarum servi* (15). *De istis duobus dice-*

pronte colà dove noi siamo, purchè non apparisca altrimenti. In quinto ed ultimo luogo, s'intende per uso ciò che si chiama uso comune, com'è la consuetudine. E perciò si dice uso comune di parlare e d'intendere (*a*).

IV. Ma giova sapere cosa in sè contenga l' uso riguardato come servitù. E tu di' in genere quello che si raccoglie dalla definizione sopraccennata.

V. Ma in ispecie che cosa veramente comprende in sè l'uso della casa o degli edificii? Rispondi: che l' usufruttuario, o l' usuario, non può tenere bordello o meretrici, nè società di studenti nella casa condotta; nella stessa guisa che il vicino non può tenere bagascie in sua casa a mal grado del vicinato, come dicono Guglielmo da Cuneo ed i dottori. Del pari il socio non può tenervi la concubina, o il nemico del socio, nè farvi cose ingiuriose, cioè tenervi alcuna persona che possa recare ingiuria al socio o al proprietario, in virtù di quel testo che ciò bene avverte.

VI. Cosa poi sia compreso nell' uso degli edificii, o della casa, vedilo nella legge *arboribus*, nella *leg. aequissimum* § *sed si aedium* colle seguenti sino alla fine *de usuf.* Parimenti ciò che contenga l'uso dell'abitazione, o l' abitazione (*), vedilo nella legge *cum antiquitas* e nella *l. habitatio Cod. de usufr.*, nell' *Inst. de usu et hab.* § *sed si cui habitatio* e nella *leg. habitatio ff. eod. tit.*, intorno al quale uso di' quello ch'io esporrò più ampiamente nella seguente specie di servitù mista. Del pari vedi nelle leggi relative ciò che contenga l'uso del fondo e l'uso del servo, e così pure l' uso del bestiame lanuto, e l'uso dei buoi, dell'armento e del cavallo, e l'uso dell'acqua, e l' uso del servigio e dell' opera dei servi (*b*). Intorno alle due ultime specie di uso si parlerà nei

(1) *Allegat. not. in l. sed non inducta Codic. in quibus causis pign. taci. contra.*

(2) *Ut l. 2. C. quae si longa consuet. et in capit. 1. in titul. de feud. cognit.*

(3) *De quibus vide plene per Bart. in l. Labeo*

(7) *Ut not. Bald. in l. si convenerit pro socia.*

(8) *Arg. l. si pendentes* § 1.

(9) *De usufruct.*

(10) *Vide in l. si habitatio* § *si usus et l. fundi* § *de usu et habit. et Instit. eod. in princ.*

Digitized by Google

tur in sequentibus. Haec de servitute usus, quae est secunda species servitutis mixtae, dixisse sufficiant.

(*) Habitatio. *Addde Alex. in 1. vol. cons. 1. in 1. col. et in 2. vol. cons. 20. per totum.* Et Corn. *cons. 154. in 4. volum.*

seguenti capi. Queste cose basteranno per la servitù di uso, la quale è la seconda specie di servitù mista.

(*) *Abitazione.* Aggiungi Alessandro 1. volum. cons. 1. nella 1. colonna, e nel 2. vol. il cons. 20 per intero; ed il Corneo, cons. 154, vol. 4.

ANNOTAZIONI AL CAPO V.

(*a*) Il diritto di uso di una cosa, pel Codice austriaco, è una servitù personale. Pel Codice Napoleone, è un diritto sulla cosa.

Eppure anche per questa ultima legge può essere servitù e servitù prediale. Ciò, p. es., quando un bosco od una cava di carbone altrui abbia il carico di fornire il bisogno di combustibile per una mia fucina od altra fabbrica. Qui havvi l'uso di un fondo altrui a vantaggio di un mio fondo, e se l'uso è imposto come diritto reale sulla cosa havvi vera servitù prediale.

Pel § 504 del Codice austriaco la servitù dell'uso sta nella facoltà di usare della cosa altrui, quando non sia convenuto altrimenti, soltanto pe' suoi bisogni, salva la sostanza. L'usuario usa però anche pei bisogni della sua famiglia, perchè nei suoi sono compresi.

Per l'art. 628 del Codice Napoleone quando il titolo diversamente non disponga, chi ha l'uso dei frutti di un fondo percepisce ciò che è necessario ai bisogni suoi, della sua famiglia e dei figli sopravvenutigli dopo la concessione dell'uso. Per l'art. 631 l'usuario, salve le disposizioni del titolo, non può cedere nè affittare il suo diritto ad altri. Vedesi dunque che anche per questa legge l'uso, ove taccia il titolo, è limitato ai bisogni, salva la sostanza della cosa.

La differenza essenziale fra l'uso e l'usufrutto di una cosa si è che in questo havvi godimento senza limitazione, in quello uso ristretto ai bisogni.

I diritti di uso e di usufrutto non ponno esercitarsi ambedue sulla cosa stessa simultaneamente da concessionarii diversi. Infatti chi ha il diritto di usufrutto gode senza alcuna limitazione della cosa altrui. Ma non godrebbe senza limitazione di essa se un altro al tempo stesso ne usasse, ossia, se ne avesse la servitù, il diritto dell'uso.

(*b*) I §§ 505, 506 del Codice austriaco stabiliscono ritrarre l'usuario dalla cosa il vantaggio consentaneo alla sua condizione, professione ed economia domestica, avuto riguardo al tempo della concessione dell'uso.

L'art. 630 del Codice Napoleone limita l'uso ai bisogni dell'usuario in esso indicati. Questi bisogni sono naturalmente proporzionati alla qualità dell'usuario stesso. Non ponno essere per tutti gli usuarii eguali.

Da queste disposizioni può desumersi che cosa, secondo la qualità dell'usuario, debba e possa comprendere l'uso di una casa, di un fondo e degli altri oggetti de' quali fa qui cenno l'autore.

Deve però sempre ritenersi, che non potendosi mediante private disposizioni derogare alle leggi ed ai regolamenti di ordine pubblico, la pubblica Autorità può vietare o restringere usi contrarii alla pubblica costumatezza o ad altri pubblici riguardi.

Digitized by Google

CAPUT VI.

DE TERTIA SPECIE SERVITUTIS MIXTAE, VIDELICET DE SERVITUTE HABITATIONIS.

I. *Habitatio ab usu in quo differat.* — II. *Si legaverit et promiserit quispiam alicui habitationem, an proprietatem relinquere videatur.* — III. *Domus ad habitandum, vel pro sua habitatione si alicui legetur, vel etiam alimenta quid juris.* — IV. *Domus commoditas multis modis legari, vel concedi potest.* — V. *Testator si uxori domus habitationem reliquerit, de qua non liquet, cum plures domos habeat, de qua sensisse videatur.* — VI. *Testator si domus suae habitationem vel usumfructum uxori reliquerit, deinde eodem testamento eandem domum alteri legaverit, an ex hoc legato ususfructus vel habitatio eidem uxori adempta videatur.* — VII. *Testator si dixerit, relinquo uxori meae habitationem in domo cum filiis suis, nunquid talis ex tacita defuncti voluntate etiam alimenta habere debeat.*

Dicemus nunc de alia specie servitutis mixtae, quae est species tertia, et vocatur habitatio. Ista habitatio est jus proprium et speciale, diversum ab usufructus et usu (1), *et est servitus ususfructus et usus, ut probatur* (2). *Nec dicitur servitus personalis, secundum Azo* (3). *Sed proprie dicitur mixta, ut dixi, quae debetur a re personae* (4), *et constituitur haec habitatio, ut usus, et ususfructus in domo, secundum Azo* (5); *non tamen est ususfructus nec usus, sed est quoddam jus proprium et speciale, et diversam habens naturam* (6), *licet in quibusdam conveniant.*

(1) *Ut est text. in l. cum antiquitas, C. de usufruct. et Inst. de usu et habitat. § sed si cum habit.*

(2) *Inst. de usu et habit. in rubr. et in § pen. et ibi haec de servitutib. et in rubr. C. de usufr.*

(3) *In summ. C. de usufr. vers. nunc de habitatione videndum est,* secundum Cyn. *in rub. C. eod. tit. probatur in l. 1. ff. de serv. et not. gloss. in l. si is qui binas 30. ff. de usufr.*

(4) *Ut not. gloss. in rubr. ff. de servit. et sentit gloss. 2. Inst. eod.*

(5) *In summa Cod. de usufr.*

(6) *Ut dicit text. in d. l. cum antiquitas.*

CAPO VI.

DELLA TERZA SPECIE DI SERVITÙ MISTA, CIOÈ DELLA SERVITÙ D' ABITAZIONE.

I. In che differisce l' abitazione dall' uso. — II. Se quando alcuno legò e promise ad un altro l' abitazione, si ritenga lasciata la proprietà. — III. Che di diritto se alcuno lega ad un altro una casa d' abitare o per sua abitazione, od anche gli alimenti? — IV. Si può in molti modi lasciare per legato o concedere il comodo della casa. — V. Quando un testatore ha lasciato l' abitazione della casa alla moglie e non si sappia di qual casa si tratti, avendone parecchie, a quale si ritenga aver egli pensato. — VI. Se quando il testatore ha lasciata alla moglie l'abitazione o l'usufrutto della sua casa, e poscia collo stesso testamento la stessa casa legò ad altri, s' intenda per questo legato tolto alla moglie l' usufrutto o l' abitazione. — VII. Se, avendo detto il testatore: lascio alla moglie mia l'abitazione in casa insieme a'suoi figli, ella debba avere eziandio gli alimenti per tacita volontà del defunto.

Ora parleremo di un' altra specie di servitù mista, che è la terza, e si chiama abitazione. Quest' abitazione è un diritto proprio e speciale, diverso dall' usufrutto e dall'uso, ed è pure servitù d' usufrutto e di uso, come è provato. Nè si dice già servitù personale, secondo Azzone e secondo Cino; ma si veramente *mista*, come dissi, la quale è dovuta dalla cosa alla persona; e si costituisce sulla casa, al pari dell'uso e dell'usufrutto, secondo Azzone. Nondimeno non è usufrutto, nè uso, ma un certo diritto proprio e speciale, avente una natura differente dalla loro, benchè in alcuni casi con essi convenga.

Digitized by Google

I. *Non differt habitatio ab usufructu in hoc, quia ususfructus capitis diminutione perit, et non utendo* (1). *Habitatio autem nunquam nisi per solam mortem* (2). *Et est ratio: quod habitatio non perditur capitis diminutione: quia est species alimentorum: et in alimentis potius attenditur factum, quam personae conditio* (3). *Item quia non perit non utendo. Dic, ratio est propter favorem alimentorum, ex quo pars alimenti, ut dixi. Item est alia ratio, quia ususfructus recipit denominationem ab actu et ab usu: et ideo per non usum tollitur: sed habitatio prout est jus, est servitus, et non recipit denominationem ab actu: sed ab habitu et potentia habitandi. Item habitatio recipit magis denominationem a persona, secundum Guil. de Cun. et Bald.* (4), *sed in hoc concordat ususfructus et habitatio: quia sicut usufructuarius potest alteri locare usumfructum* (5), *ita et qui habet habitationem* (6). *Item servitus habitationis differt ab usu, seu servitute usus, quia usuarius locare non potest* (7), *sed ille qui habet habitationem, sic* (8) *et etiam commodare potest* (9). *Ususfructus autem habitationis significat idem quod habitatio, et idem importat unum, sicut aliud* (10), *et ideo quod de uno dicitur, de alio dictum esse intelligatur.*

II. *Sed nunquid legando vel promittendo quis habitationem, videatur relinquere proprietatem? Dic secundum glos.* (11), *quod si legans vel promittens erat solitus domum suam vocare habitationem, sicut sunt quidam qui fundum appellant possessionem, respiciendo potius ad proprietatem, quam ad nudam possessionem* (12), *nam tunc proprietatem videtur legasse vel promisisse, alias non, prout ibi dicit Bart. esse menti tenendum. Vel dic secundum Bald. et Dd. ibi. Aut vocabulum attribuitur toti rei, verbi gratia, testator dicit, lego habitationem meam, et consignat domum, et tunc videtur legata pro-*

(1) *Ut l. corruptionem Cod. de usufr. Inst. eod. § fin.*
(2) *Ut l. si habitatio in princ. Digest. de usu et habitat. et l. habitatio, C. de usufr.*
(3) *Ut l. legatum Dig. cap. dim.*
(4) *In d. l. cum antiquitas.*
(5) *Inst. de usu et habit. in fi. princ.*
(6) *Ut est text. in d. l. cum antiquitas. Inst. de usu et habitatio, § sed si cui habitatio.*

I. Imperciocchè l'abitazione è diversa dall'usufrutto in ciò che questo perisce colla diminuzione di capo e col non uso, mentre l'abitazione non si perde mai se non per la sola morte. Ed è ragione che l'abitazione non si perda colla diminuzione del capo, perchè è una specie di alimenti, e per questi si guarda piuttosto il fatto che la condizione della persona. Del pari è diversa perchè non perisce col non uso. E la ragione sta nel favore degli alimenti, dei quali è una parte, come dissi. Del pari v'è un'altra ragione: imperciocchè l'usufrutto trae la denominazione dall'azione e dall'uso, e perciò si perde col non uso: ma l'abitazione, in quantochè è diritto, è anche servitù e non trae denominazione dall'azione, ma sì dall'abito e dalla potenza di abitare. Parimenti l'abitazione deriva piuttosto il suo nome dalla persona, secondo Guglielmo da Cuneo e Baldo: ma in ciò concordano l'usufrutto e l'abitazione: perchè siccome l'usufruttuario può locare ad un altro l'usufrutto, così può farlo chi ha l'abitazione. Così pure la servitù di abitazione differisce dall'uso, ossia dalla servitù di uso, perchè l'usuario non può locare, ma sì il può quegli che ha l'abitazione, come può eziandio dare a comodato. Usufrutto poi di abitazione suona lo stesso che abitazione, e la stessa cosa importa l'uno come l'altro, e perciò quello che si dice dell'uno s'intenda detto anche dell'altro (*a*).

II. Ma si riterrà forse aver lasciata la proprietà colui che ha legato o promesso altrui l'abitazione? Tu rispondi, secondo la glossa, che se il legante o promittente era solito chiamare abitazione la sua casa, come sonvi alcuni che appellano possessione il loro fondo, risguardando piuttosto la proprietà che il nudo possesso, allora si stimerà aver legato o promesso la proprietà, ed altrimenti se no; secondochè dice Bartolo, che è cosa da tenersi a memoria. Oppure rispondi secondo Baldo ed i dottori sullo stesso argomento: O la voce si attribuisce a tutta la cosa: per esempio, se il testatore dica: lego la mia abitazione: e consegni la cosa; ed allora si ritiene legata la proprietà. O

(7) *Ut Inst. de usu et habitat. in fine princ.*
(8) *Ut dicit l. cum antiquitas, et Inst. eod. § sed si cui.*
(9) *Text. est in l. 4. § inter commodatum, et ibi Bal. ff. commoda.*
(10) *Ut est casus in d. l. cum antiquitas.*
(11) *Ut d. l. cum antiquitas.*
(12) *Ut l. interdum, ff. de verb. sign.*

Digitized by Google

prietas. Aut non attribuitur hoc vocabulum toti rei, sed cuidam juri in re: ut quia dixit, habitationem talis domus, tunc non videtur legata proprietas (1).

III. *Quid aut si legetur domus ad habitandum, vel pro sua habitatione, vel alimenta?* (*) vide plene per Bart. (2) et per glo. Bart. et Dd. (3) et per Flor. (4).

IV. *Ex praedictis omnibus collige, quod commoditas potest multis modis legari vel concedi. Primo quando relinquitur ususfructus domus, et tunc idem quod in aliis rebus, in quibus relinquitur ususfructus. Secundo relinquitur aliquando usus domus. Et quid in hoc contineatur,* dixi supra in materia servitutis usus, in fine.

V. *Et adde, quod si testator relinquit uxori habitationem domus, de qua non apparet. Dic quod si habet unam in domicilio, aliam extra, in dubio videtur sensisse de illa, quae est in domicilio* (5), *et ita tenet Baldus et Imola* (6). *Et si plures essent in domicilio, electio esset haeredis* (7). *Tertio solet relinqui habitatio talis domus, quam habeo in tali loco: et tunc non venit dominium, sed commoditas, quae est jus separatum ab usu, et ab usufructu* (8), *nisi ex communi usu loquendi legantis aliud appareret,* ut supra dixi. *Item in tali legato habitationis non veniret hortus, licet aditum ad illum haberet per illam domum,* ut est text. in l. Olympico ff. de serv. urban. praed. *Et ibi hoc notant Dd. quod intelligit ibi Floria. nisi judicaretur domum accedere* (9). *Et adde quod dicam in versic. dubitari potest. Quarto nonnumquam relinquitur habitatio, quam quis habet in tali loco, vel dicitur, relinquo habitationem meam: et tunc venit proprietas,* secundum Guiliel., Bald. et Dd. (10). *Et propterea sit cautus testator vel notarius, quomodo loquatur. Quinto quandoque relinquitur ususfructus habitationis, et tunc idem est, ac si*

quella voce non riguarda tutta la cosa, ma un qualche diritto sulla medesima, come se alcuno abbia detto: lego l' abitazione della tal casa, ed allora non si stima legata la proprietà.

III. Che si dirà poi se alcuno leghi ad altri una casa per abitarvi, o per la sua abitazione, o gli alimenti (*)? Vedi appieno quanto dice Bartolo, e lo stesso ed i dottori nelle lor glosse, ed il Fiorentino.

IV. Da tutte le predette cose raccogli: che la comodità di abitare può essere legata o concessa in molte guise; cioè: Primo, quando si lascia l' usufrutto della casa, ed allora avviene lo stesso che dell' altre cose delle quali si lascia l' usufrutto. Secondo: talvolta si lascia l' uso della casa; e ciò che esso comprende, lo esposi già nella materia delle servitù d'uso, nel fine.

V. Ed aggiungi che se il testatore abbia lasciata alla moglie l' abitazione della casa e non si sappia quale sia, avendone una nel luogo del domicilio ed un' altra fuori, nel dubbio si ritiene aver inteso dire di quella che è nel paese di domicilio. Convengono nella stessa opinione Baldo e l' Imolese. E se nel luogo di domicilio vi fossero più case, la scelta spetterebbe all'erede. Terzo: suolsi lasciare l' abitazione di una data casa che si possiede in un dato luogo; ed allora non viene il dominio, ma la comodità di abitarla, che è un diritto diverso dall' uso e dall' usufrutto; ove però non si deduca altrimenti dall'uso comune di parlare del testatore, come dissi più sopra. Parimenti l' orto non sarebbe compreso in siffatto legato d' abitazione, sebbene per andarvi fosse uopo passare per quella casa, come dice il testo della legge *Olympico ff. de servit. urb. praed.* Ed ivi notano i dottori che il Fiorentino intende: se non fosse giudicato accedere la casa. Ed aggiungi che può dubitarsi, come dirò a suo luogo. Quarto: alle volte viene lasciata l'abitazione che alcuno ha nel tal luogo; oppure si dice: lascio la mia abitazione: ed allora si reputa lasciata la proprietà, secondo Guglielmo, Baldo e i dottori. Per la qual cosa il testatore o il notaio guardino bene in qual modo parlano. Quinto: talvolta si lascia l' usufrutto di abitazione, ed allora è la stessa

(1) Allegat. l. Seius, § Quia Seia, 4. de fun. instr.

(5) Et probatur in l. quae condit. 39. § 4. ff. de

Digitized by Google

relinquatur habitatio talis domus, et tunc non est proprie usufructus (1). *Sexto saepe relinquitur domus ad habitandum, vel pro sua habitatione, et tunc dic per Bart.* (2). *Septimo et ultimo relinquitur aliquando domus* (**) *in gaudimentum, et de hoc dic ut dixi in materia usufructus.*

VI. *Sed contra praedicta dubitari potest. Quidam reliquit uxori habitationem vel usumfructum domus suae: deinde legavit in eodem testamento eandem domum alteri, an per istud legatum videatur ademptus usufructus uxori vel habitatio? Dices quod non, casus est no.* in l. Sempronio in princ. de usufruct. lega., *et ibi probatur, quod legato generali usufructus vel habitationis non derogatur per legatum speciale ipsius rei, et dicit ibi Bart. quod judicio suo ille text. non est alibi. Idem tenet Ludov. Ponta.* in suo singulari *761. quod incipit, an legato generali, qui allegat etiam ad hoc legem, si alii* in prin. eod. tit.; *quod not.*

VII. *Item dubitari potest, quid si testator ita dixit, relinquo uxori meae habitationem in domo cum filiis suis* (3), *an ista debeat habere alimenta ex tacita voluntate defuncti, quae in obsequio filiorum esse debet* (4)*? ergo debet ab eis ali: etiam proposito, quod esset alia, quam mater: puta amita, quia hoc est in recompensatione laboris* (5), *secundum Bald.* (6). *Postremo scias, quod ille qui habet habitationem, dicitur possidere, etiam si non habeat aditum ex publico* (7). *Et ita hoc not. Bart. per illum textum qui dicit, quod saepe contingit, quod testator relinquit uxori habitationem certae partis domus, etiam dicit, quod illam partem possideat, etiamsi non habeat aditum ex publico, quod est notabile.*

(1) *Casus est in d. l. cum antiquitas, etc.*

(2) *In l. libertis de alimen. et cibar. legat. et in aliis locis, de quibus supra.*

(3) *Juxta l. si mulieri cum liberis, de usufruct. accres.*

(4) *Ut l. sed si hoc, 62. § fin. de cond. et demonstr.*

(*) **Alimenta.** *Utrum alimenta debeant praestari de fructibus, an vero de proprietate, vide Alex. cons. 100. in ult. col. in 1. vol. Et utrum ille, cui debent praestari alimenta, in domo haeredum debeat operari ad commodum haeredum, et quomodo intelligatur talis dispositio. Alex. in cons. 2. in 1. col. in 4. vol. et in 1. vol. consil. 100. in col. per totum, ubi concludit, quod debet praestare servitia in domo, secundum qualitatem suae personae.*

(**) **Domus.** *Adde Corneum, in 2. vol. consil. 244. incip. videtur prima. Et domus sumitur in jure variis modis, in consil. 55. in 1. vol. Et Alexan. in consil. 48. in ult. col. in fin.*

cosa che se fosse lasciata l'abitazione di una data casa, e non v'è propriamente usufrutto. Sesto: spesso vien lasciata ad alcuno la casa da abitare, o per la sua abitazione, ed allora rispondi con Bartolo. Settimo: infine, talvolta si lascia la casa (**) in godimento, e in questo caso di' pure quanto scrissi nella materia dell'usufrutto (b).

VI. Ma contro le predette cose si può dubitare. Certuno lasciò alla moglie l'abitazione, o l'usufrutto della sua casa; poscia nello stesso testamento legò la medesima casa ad un altro. Per questo legato si riterrà tolto alla moglie l'usufrutto, o l'abitazione? Rispondi che no; ed è caso notabile nella legge *Sempronio in princ. de usufructu*, dove si prova che col legato speciale della stessa cosa non si deroga al legato generale di usufrutto o di abitazione; ed ivi dice Bartolo che, a suo giudizio, quel testo è unico, e lo stesso opina Lodovico Pontano nel suo singolare 761 che principia *An leg. gener.*, il quale vi aggiunge la legge *si alii. in princ. eod. tit.*; il che nota bene.

VII. Del pari può dubitarsi allorquando il testatore abbia detto: lascio alla moglie mia l'abitazione in casa co'suoi figli; se ella debba percepire gli alimenti per tacita volontà del defunto, la quale pure esser deve vantaggiosa a' figliuoli. Essa dev'essere alimentata dai figli anche nel caso che fosse tutt'altro che madre, per esempio, sorella del padre; perchè ciò le è dato in guiderdone delle sue prestazioni, secondo Baldo. Finalmente sappi che quello che ha l'abitazione si dice possedere, ancorchè non abbia ingresso pubblico (c). E così nota Bartolo in quel testo nel quale dice che spesso accade che il testatore lasci alla moglie l'abitazione di una certa parte della casa e si dica che questa posseda quella parte, quantunque non abbia una pubblica entrata.

(5) *Ut l. Seio de an. leg. l. in rebus, § antepen. ff. commod. et l. idemque, § Labeo, ff. mand. et l. quoniam liberi, C. de test.*

(6) *Qui ita no. in l. fin. in 2. colum. in princ. de indi. viduitate.*

(7) *Si duo, § caeterum ff. uti poss.*

(*) *Alimenti.* Sulla questione: se gli alimenti debbano essere prestati dai frutti o dalla proprietà, vedi Alessandro cons. 100, ult. colon. 1. vol. E se quello al quale debbono esser dati gli alimenti, debba lavorare nella casa degli eredi a loro vantaggio, e come s'intenda questa disposizione, vedi Alessandro cons. 2, 1. colonna nel 4. vol., e nel 1. vol. cons. 100, 1. colonna per intero, dove conchiude che deve prestare i servigi in casa secondo la qualità della persona.

(**) *Casa.* Aggiungi il Corneo nel 2. vol. cons. 244, che principia *videtur prima.* E la casa si considera in varie guise giuridicamente nel cons. 55, 1. vol. Ed Alessandro, cons. 48, ult. colonna, in fine.

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO VI.

(*a*) Il diritto di abitazione pel Codice austriaco è pure una servitù personale: pel Codice Napoleone un diritto su una casa.

Pel § 531 del Codice austriaco tale servitù è il diritto di usare pel suo bisogno delle parti abitabili di una casa. È la servitù dell'uso della casa. Se tutte le parti abitabili della casa sono concedute per usarne senza limitazione, salva la sostanza, allora havvi l' usufrutto della casa. Il bisogno si estende anche alla famiglia per quello che ho detto a proposito dell' uso.

Pegli art. 632, 633 del Codice Napoleone chi ha il diritto di abitazione può abitare la casa colla sua famiglia. Il diritto è limitato al necessario per quell'abitazione.

L'abitazione differisce dall'usufrutto della casa, perchè questo si esercita senza limitazione, quella in regola pel solo bisogno, pel solo necessario.

I diritti di abitazione e di usufrutto non ponno esercitarsi simultaneamente sulla stessa casa da concessionarii diversi per ciò che ho detto su tale proposito parlando dell'uso.

L' autore chiama qui l' abitazione una specie di alimenti. Ciò può dirsi solo in tanto in quanto, pel § 672 del Codice austriaco e per l' art. 203 del Codice Napoleone, è una parte di essi.

Ho osservato nell' annotazione al Capo III se ed in quanto le servitù o diritti di usufrutto, di uso, di abitazione possano, finchè sussistono, essere pel loro esercizio trasferiti in altri da chi li esercita.

Cessano col cessare di esistere il concessionario di essi.

Ma pei §§ 524-528 del Codice austriaco e pegli articoli 617-625 del Codice Napoleone cessano anche in altri modi, e specialmente non usandone per tutto il tempo determinato dalle leggi.

(*b*) Quando, secondo le regole d'interpretazione da me accennate in fine dell'annotazione *b* al Capo IV, non risulti legata cosa diversa, allora le quistioni qui proposte dall'autore potrebbersi, a parer mio, sciogliere nel seguente modo:

Chi lega a taluno una, la sua, la tale abitazione, pare lasciargli in legato la proprietà della casa relativa;

Chi lega una casa per abitazione, per abitare od anche semplicemente l'abitazione, parmi lasciare il diritto, la servitù di abitazione della casa;

Chi lega a sua moglie abitazione e non altro, non le lascia tuttociò che le leggi chiamano alimenti, perchè l'abitazione è una parte soltanto di essi.

Legata a taluno l'abitazione senza dire in qual casa del disponente, e questi ne abbia più di una o nello stesso o in varii luoghi, sembra che, pel § 656 del Codice austriaco e per l'art. 1022 del Codice Napoleone, la scelta della casa spetti all' erede. Pel primo di quei Codici l'erede deve scegliere una casa della quale il legatario dell'abitazione possa far uso. Pel secondo l'erede non è obbligato a dare la migliore, ma non deve nemmeno dare la peggior casa.

Legata l' abitazione in una casa, il diritto estendesi anche all' orto o giardino annessovi e non escluso? Se all'atto della disposizione erano annessi alla casa come pertinenze di essa, pare di sì, perchè l'accessorio segue il principale, e perchè se fu lasciato il diritto di abitazione nella casa da cui era inseparabile l'orto, il giardino, non havvi ragione

Digitized by Google

CAPUT VII.

DE SERVITUTE MINISTERII SEU OPERARUM, AN SIT REALIS VEL PERSONALIS.

I. *Quoddam quid est, quod in facto consistit.* — II. *Opera seu ministerium servorum qualiter, et in quibus constituatur: et qualiter restituatur, et amittatur, remissive.*

Tria servitutum genera esse diximus, de quibus hactenus tractatum est. Quidam tamen dixerunt aliud genus servitutum reperiri, scilicet ministerium sive opera servorum, de qua dubitatur utrum sit realis, vel personalis, et dicit Cyn. (1) *quosdam tenere, quod sit realis: quia personalis servitus non transmittitur ad alium* (2). *Alii dicunt, quod est personalis: nam servitutes reales sunt perpetuae* (3), *sed servitus illa non est perpetua, sed mortuo servo extinguitur: ergo, etc. Dicit Petr. de Bellapertica* (4) *ut ibi refert Cyn., si volumus tenere, quod sit servitus, tutius est tenere quo sit realis; sed tamen ipse credit, quod non sit servitus: sed est potius quaedam modificatio, quam dominus compellitur pati, ut servitutem in servo, tamen non est servitus, et hoc dixit lex; nam in libero homine nulla servitus cadit* (5).

I. *Tamen ministerium liberi hominis potest legari* (6), *et videtur innui de operis servorum, l. 1. ubi dicitur, quod est quoddam quid, quod in facto consistit, unde non est proprie servitus secundum eum, et ita voluit in effectu glo.* (7), *et ita*

(1) *In rubr. de usufr.*
(2) *Ut ff. de usufruct. legat. l. 2. ergo, etc.*
(3) *Ut ff. de censibus, l. forma.*
(4) *In d. rubr. de usufruct.*

CAPO VII.

SE LA SERVITÙ DI SERVIZIO O DELLE OPERE SIA REALE O PERSONALE.

I. È alcunchè che consiste nel fatto. — II. In qual modo ed in quali cose si stabilisca l'opera o il servizio dei servi; e in qual modo venga ristabilito o si perda: brevemente.

Dicemmo tre essere i generi delle servitù, dei quali finora abbiamo trattato. Alcuni però dissero esservene un altro, cioè il servigio o l'opera dei servi, intorno la quale servitù si dubita se sia reale o personale; e Cino dice: certuni reputarla reale, perchè la servitù personale non si trasferisce in altri. Altri sostengono ch'è personale, perchè le servitù reali sono perpetue; ma questa non è tale, e si spegne colla morte del servo; dunque, ecc. Pietro di Bellapertica disse come Cino riferisce: se vogliamo ritenere che ella sia servitù, è più sicuro il credere che sia reale; ma nondimeno egli stima che non sia servitù, sì piuttosto una certa modificazione, che il padrone è forzato a soffrire, come la servitù nel servo. Ed invero non è servitù, e ciò ben disse la legge, perchè nessuna servitù può aggravare l'uomo libero.

I. Nondimeno il servigio d'un uomo libero può essere lasciato per legato; e sembra che si accenni all'opera de' servi nella legge 1, ove si dice che ell'è un certo che, il quale consiste nel fatto, e però, secondo essa, non è propriamente una servitù;

(5) *De cond. et demonstr. l. Titio 71. § Titio centum 2.*
(6) *Ut l. 3. de usufr. legat.*
(7) *In l. si is qui binas, 30. de usu.*

Digitized by Google

tenet Cyn. et Bal. communiter Dd. (1), *qui dicunt, quod est potius quaedam obligatio personalis seu jus personale : et ideo contra impedientem non datur actio confessoria, sed actio personalis et injuriarum* (2).

II. *Et de hac materia, scilicet qualiter ministerium sive opera servorum constituantur, et in quibus, et qualiter restituantur et amittantur, vide plene per Azo.* (3) *qui clare loquitur. Dicitur etiam quod aliud genus servitutis reperitur, quae debetur a persona rei : ut puta, relinquo Titio centum, ut a monumento meo non recedat* (4); *sed illa non est proprie servitus, prout capitur in materia nostra : et ideo istam et praecedentem non connumerari inter genera servitutum, etc.*

(1) *In d. rubr. C. de usufr.*
(2) *L. qui pendentem, de action. empt.*
(3) *C. de usufr. in summ. in ult. col. vers. sequitur videre de ministerio, usque ad finem ubi vide.*

e così volle in sostanza la glossa, e così opinano comunemente Cino e Baldo, i quali soggiungono, che è piuttosto una certa obbligazione personale, od un diritto personale; e che perciò non è concessa l'azione confessoria contro chi l'impedisce, ma sì l'azione personale e d' ingiuria.

II. Intorno poi a questa materia, cioè come il ministero o l' opera dei servi si stabilisca ed in quali persone, e come si rinnovi e si perda, ti rimetto totalmente ad Azzone che ne parla chiaramente. Dicesi ancora che v' ha un altro genere di servitù dovuta dalla cosa alla persona, come verbigrazia : lascio cento a Tizio, affinchè non abbandoni il mio monumento. Ma questa non è propriamente servitù, come noi la riguardiamo, e perciò ned essa, nè la precedente si annoverano fra' generi delle servitù (*a*).

(4) *L. Titio 71. § Titio centum, ff. de condit. et demonstr., et not. gloss. in rubr. de servit. et gloss. 2. Inst. de serv. in princ.*

ANNOTAZIONI AL CAPO VII.

(*a*) Non essendovi presso noi schiavi, è inutile parlare di ciò che le leggi romane chiamavano ministero od opere di essi. Solo osservo avere qualche scrittore ammesso secondo quelle leggi come servitù della cosa a vantaggio della persona anche l' opera degli animali. La definì : il diritto di trarre dall'opera dell'animale altrui ogni lecita utilità ritraibile secondo la natura e la destinazione speciale di esso. Questa opera degli animali altrui a vantaggio della persona parmi potere aver luogo anche presentemente. Ove l'obbligo di permettere che altri approfitti dell' opera dei nostri animali cada come obbligo reale su essi senza riguardo al loro proprietario, parmi che per la legge austriaca abbia luogo la servitù personale dell'uso di essi. Obbligata per la sola persona del proprietario, vi sarebbe obbligazione meramente personale. Conceduto in questo ultimo caso da uno ad altri l' uso di un suo animale, se l'uso fosse gratuito sarebbe comodato; se per prezzo, locazione.

E perchè non potrei ad altri concedere temporaneamente l' uso de' miei domestici, de' miei operai ? Concedutolo gratuitamente, non sarebbe comodato ? Per corrispettivo, non sarebbe locazione ?

Le persone di servizio, gli operai, ec. che locano l'opera propria per mercede fanno, un contratto di locazione di opere.

Digitized by Google

CAPUT VIII.

DE QUIBUSDAM OBLIGATIONIBUS, AN ILLAE DICANTUR SERVITUTES.

I. *Si constituat quispiam mihi, quod in fundo suo omni anno unum frumenti starium recipiam, vel unum pomum in viridario, an hujusmodi servitutes dicantur.* — II. *Si promiserit quispiam mihi servitutem pecoris appellendi ad fontes, causa agri mei stercorandi, an hoc servitus esse dicatur.* — *III. Si promiserit quispiam alicui servitutem de coquendo panem in furno suo pro tota ejus familia, an hoc etiam servitus dicatur.* — IV. *Si promiserit aliquis alicui, quod per pontem suum sine gabella transire posset, sicuti promisere Veneti Placentinis, an hoc servitus dicatur.* — V. *Pedagium colligere, an servitus debita colligenti existat.*

Hic videndum est de quibusdam, ut promisimus, obligationibus, an sint servitutes.

I. *Et primo, si aliquis constituat mihi, quod in fundo suo recipiam omni anno unum starium frumenti; vel quod pomum percipiam in viridario suo. Et Petr. de Bellaper.* (1) *dicit, quod est servitus innominata, ex qua oritur contra tertium impedientem actio confessoria* (2), *et idem tenet Bald.* (3). *Sed idem Bar.* (4) *tenet, quod non sit servitus, sed obligatio personalis: et melius, de quo dic, ut ibi plene, et per Cyn. et conclude,* ut dixi supra in illa quaest., *quomodo cognoscatur, an servitutes sint reales et praediales, in tertio casu principali, plenius hoc declaravi.*

(1) *Rub. C. de usufr.*
(2) *Et l. Mela, § fin. de alimen. et cib. leg.*

CAPO VIII.

SE SI APPELLINO SERVITÙ ALCUNE OBBLIGAZIONI.

I. Se si dica servitù di questa specie quella, per esempio, per la quale alcuno statuisce ch' io riceva ogni anno uno stajo di frumento del suo fondo, o un frutto del suo giardino. — II. Se si dica essere servitù allorquando alcuno mi abbia promesso di spingere il bestiame alle fontane, onde concimare il mio fondo. — III. Se si dica esservi servitù quando alcuno abbia promesso ad un altro il favore di cuocere il pane nel suo forno per tutta la di lui famiglia. — IV. Se parimenti vi sia, quando alcuno abbia ad un altro promesso che potrà passare pel suo ponte senza pagare gabella; come i Veneziani promisero ai Piacentini. — V. Se riscuotere un pedaggio sia servitù dovuta all' esattore.

Giusta la fatta promessa, dobbiamo qui osservare se certe obbligazioni sieno servitù.

I. E primamente: se alcuno mi conceda che io riceva ogni anno uno staio di frumento del suo fondo, o colga un frutto del suo giardino. Pietro di Bellapertica dice che è una servitù innominata, dalla quale deriva l' azione confessoria contro il terzo che impedisce, e lo stesso pensa Baldo. Invece Bartolo opina che non sia servitù, ma un'obbligazione personale; e meglio ancora, intorno a che rispondi in tutto com' ei dice e come dice anche Cino, e conchiudi in quella guisa ch' io sopra esposi nella quistione *in qual modo si conosca se le servitù sieno reali o prediali*, nel terzo caso principale, dove più ampiamente ho trattato di ciò.

(3) *In l. si plures, in 4. col. C. de condit. inser.*
(4) *In d. rub.*

Digitized by Google

II. *Secundo, quid si promisisti mihi servitutem pecoris appellendi ad fontes causa agri mei stercorandi, an sit servitus? Glo. dicit quod non* (1), *Bald. contra* (2); *de hoc dic, ut per Dd.* (3).

III. *Tertio, quid si aliquis promisit servitutem de coquendo panem in furno pro tota familia? Et Cyn. tenet, quod non sit servitus: quia non concernit res necessarias: et ideo vendito per ipsum furno, emptor non tenebitur me pati, quia servitutes sunt inductae propter necessitatem rerum: sed furnus non indiget pane, ut ibi decoquatur, et male dicit secundum Bald.* (4), *quia secundum eum est servitus, quae debetur a re personae: sicut est illa, quod possim de agro tuo recipere millesimam fructuum, vel unum corbem, et dic secundum Pet. quod erit servitus innominata, quia genera servitutum multo plura sunt, quam quae specialiter enumerata sunt, et nominata* (5). *Ego credo, quod possit dici servitus usus, ex quo est ad necessitatem familiae introducta: per ea quae dixi in quaestione quomodo cognoscatur servitus realis, et adde quod statim dicam in sequenti divisione servitutum.*

IV. *Quarto, quid si promisisti, quod per pontem tuum possim transire sine gabella? sicut dicitur quod Veneti concesserunt Placentinis transitum per quemdam pontem, qui tunc possidebatur per Venetos, absque solutione alicujus vectigalis, de hac quaestione vide per Baldum* (6).

V. *Quinto, utrum colligere pedagium, sit servitus debita colligenti? Dic quod non: quia servitutis nostrae est pati, non exigere* (7). *Sed est quaedam jurisdictio ordinaria conscripto loco: et ideo ponte destructo sine spe restitutionis non possent exigi vectigalia a transeuntibus, nisi locus ubi erat pons, de novo sit refectus: quia locus, in quo erat jurisdictio limitata, id est pons, in rerum natura desinit esse, et omnia loca naturalia sunt libera*

II. Vi è forse servitù, se tu mi hai promesso di spingere il bestiame alle fontane onde ingrassare col suo sterco il mio campo? La Glossa dice di no, Baldo pensa il contrario. Ma sopra ciò di' come i Dottori.

III. E che sarà, se alcuno mi promise la servitù di cuocere il pane nel suo forno per tutta la mia famiglia? Cino ritiene che non sia servitù, perchè non riguarda cose necessarie; e però, venduto ch' egli abbia il forno, il compratore non sarà più obbligato verso di me, perchè le servitù si costituiscono per la necessità delle cose; ma il forno non abbisogna di pane ch' ivi sia cotto. Secondo Baldo ei dice male, perchè, giusta lui, è servitù dovuta dalla cosa alla persona; com' è quella ch'io possa percepire dal tuo campo la millesima parte dei frutti, oppure una corba; e di', secondo Pietro, che sarà servitù innominata, perchè i generi delle servitù sono molti più di quelli che specialmente si annoverano e si nominano. Io però credo che si possa dire servitù di uso per ciò che fu introdotta in forza della necessità della famiglia, e per quelle ragioni ch'esposi nella quistione *in qual modo si conosca la servitù reale*, ed aggiungivi ciò che subito dirò nella seguente divisione delle servitù (*a*).

IV. E che avverrà se mi promettesti il transito pel tuo ponte senza pagamento di gabella? come si dice che i Veneziani concessero ai Piacentini il passaggio per un certo ponte, che dai primi era posseduto, senza pagamento di alcun pedaggio. Intorno a questa quistione vedi Baldo.

V. La riscossione del pedaggio è forse una servitù dovuta al collettore? Rispondi che no; perchè è proprio delle nostre servitù il soffrire, non già l'esigere. Ma è invece una certa giurisdizione ordinaria sul luogo fissato, e però, distrutto il ponte senza speranza di ristabilimento, il pedaggio non si può più esigere dai passanti, a meno che non sia ristaurato il luogo ov'era il ponte; imperciocchè il sito sul quale vi era limitata giurisdizione, ovvero il non-

Digitized by Google

vocatur, sive restituitur in integrum (1). *Explicita est prima generalis divisio servitutum, cum his quae ad eam pertinere visa sunt: nunc de reliquis dicemus.*

ritto, ovvero è restituita in intero (*b*). Così è già spedita la prima divisione generale delle servitù insieme a quelle cose che mi sembrarono ad essa appartenere; ora parleremo di quelle che restano.

(1) *Ut d. l. si locus, ut not. Bald. singulariter in d. l. si plures in 3. col. versic. sed dubitari, C. de condit. infert. quod est not.*

ANNOTAZIONI AL CAPO VIII.

(*a*) Suppongo coll' autore:

1.° che taluno m'abbia conceduto di ricevere ogni anno dal suo campo, orto o verziere una data quantità di grani, frutta ed erbaggi;

2.° che mi abbia promesso la servitù di cuocere al suo forno il pane per la mia famiglia;

3.° che io gli abbia promesso di accogliere al mio fonte i suoi animali per abbeverarli a patto ch' essi lascino al mio terreno il vantaggio del loro letame.

Saranno queste per la legge austriaca vere servitù o soltanto obbligazioni personali?

Ecco su ciò i miei principii:

La servitù, come indica anche il suo nome, porta sempre un obbligo. A quest' obbligo poi corrisponde naturalmente un diritto. Diritto ed obbligo sono reali. L' obbligo sta non già nel fare, ma nel tollerare che si faccia; talora nell'astenersi dal fare. Il corrispondente diritto sta nel fare, ove l' obbligo consista nel tollerare che si faccia; sta nell' avvantaggiarsi, ove l'obbligo consista nell'astenersi dal fare. Ciò espresse mirabilmente la legge romana dicendo: *Servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis . . . . sed ut aliquid patiatur aut non faciat.* Ciò, imitando la legge romana, espressero anche i §§ 472, 482 del Codice austriaco.

Dove dunque non havvi su un fondo o su altra cosa obbligo reale di tollerare che altri faccia o di astenersi dal fare a vantaggio altrui, non havvi servitù. Dove l'obbligo reale sta non nel tollerare o nell' astenersi, ma nel fare, vi ha diritto reale, ma non di servitù. Dove l'obbligo di tollerare di astenersi non è reale, ma fu assunto soltanto da una determinata persona specialmente obbligata, non havvi servitù ma semplice obbligazione personale.

Perciò:

1.° *Nel* primo caso. Ove taluno si sia obbligato soltanto personalmente, e non per obbligo reale de' suddetti suoi fondi, a corrispondermi od a lasciare che io percepisca annualmente da essi la indicata quantità di generi, insomma a fare o a tollerare in quel modo che io faccia, vi avrà non servitù ma semplice obbligazione personale appunto di fare o di tollerare.

Ove si sia obbligato a corrispondermi quei generi per obbligo reale sui suoi fondi, insomma a fare, vi avrà non servitù ma obbligo reale di fare.

Ove si sia obbligato non già a corrispondermi i generi stessi ossia a fare, ma a permettermi che io li percepisca da'suoi fondi per diritto reale, insomma a tollerare in quel modo che io faccia, vi avrà servitù appunto di tollerare.

E vi avrà servitù personale servendo quei fondi altrui a mio vantaggio, cioè a vantaggio di una persona, non di un fondo. E parmi che vi avrà servitù personale di usufrutto parziale dei fondi stessi.

Parmi che secondo ciò decider si debba anche la quistione se l'obbligo della decima o di altra simile contribuzione sia o no servitù.

Quelle contribuzioni, come dice anche il § 1144 del Cod. austriaco, si pagano dall'obbligato. Se aggravano il fondo o la cosa altrui senza riguardo a certe persone specialmente obbligate, sono diritti reali. Ma consistono nel pagare, nel fare per parte dell'obbligato, non già nel tollerare egli ch'altri faccia, nè nell'astenersi dal fare. Dunque non mi sembrano veramente servitù.

Nè si dica che anche consistendo nel fare sieno servitù, perchè vi hanno servitù che

Digitized by Google

appunto nel fare consistono; come quelle enumerate ai §§ 475, 477 del Codice austriaco, che tutte ammettono un fatto, un'azione. Qui fa d'uopo distinguere. O il fare spetta all'avente diritto e coincide col tollerare dell'obbligato ed allora havvi servitù, perch'essa consiste appunto nel tollerare che altri faccia. O a fare è tenuto l'obbligato, ed allora non havvi servitù, perchè nelle servitù l'obbligato è tenuto, non già a fare, ma solo a tollerare. Pagare dunque la decima, ossia fare per parte dell'obbligato, non è servitù.

Nè si dica che pagare le decime essendo un fatto, un'azione dell'obbligato, sia servitù, perchè vi hanno servitù che consistono appunto nel fare di esso. Nè si porti ad esempio il § 487 del Codice austriaco pel quale chi è obbligato a tollerare il peso dell'altrui edifizio sul proprio, deve in proporzione concorrere alla conservazione del proprio muro. Qui la servitù sta essenzialmente nell'obbligo di tollerare sul proprio il peso dell' edifizio altrui. E se chi deve tollerarlo concorrer deve a conservare il proprio muro, cioè a fare, ciò non è servitù, ma è condizione speciale ad essa aggiunta. È condizione che pone a carico dell'obbligato la conservazione del proprio muro. È una eccezione al § 483, pel quale è regola che le spese per la conservazione e per la riparazione della cosa serviente stieno a carico di chi ha diritto alla servitù. Non è servitù, perchè l'obbligato fa sulla cosa propria e non sull'altrui. Non è servitù, perchè il fare spetta all'obbligato e non all'avente diritto.

2.° Nel secondo caso, dietro i suddetti principii, se il proprietario del forno ha assunto l'obbligo puramente personale di cuocere o di tollerare che io cuoccia in esso il mio pane, vi avrà semplice obbligazione personale di fare o di tollerare.

Se l'obbligo di cuocere ossia di fare cada per diritto reale sul forno senza riguardo a persone specialmente obbligate, vi avrà diritto reale ma non ancora di servitù.

Se l'obbligo non di fare ma di tollerare che si cuoccia il mio pane sia imposto per diritto reale sul forno altrui, allora vi avrà servitù. Ed essendovi il vantaggio di una persona, non di un fondo, vi avrà servitù personale. E parmi, la servitù personale di uso parziale del forno.

3.° Nel terzo caso. Parmi esistere qui prima di tutto un doppio rapporto di diritto. Il primo sta nell'abbeverarsi gli animali altrui al mio fonte. Il secondo nell'avvantaggiare quegli animali col loro letame il mio campo.

Ove io mi sia personalmente ma non per diritto reale obbligato a tollerare che si abbeverino o ad abbeverare al mio fonte gli animali altrui, ed ove in egual modo il proprietario di essi si sia obbligato a tollerare che depongano o a farli deporre sul mio campo il loro letame, parmi che vi abbia mera reciproca obbligazione personale di tollerare o di fare.

Ove mi sia per diritto reale obbligato ad abbeverare al mio fonte gli altrui animali ed il proprietario di essi si sia pure per diritto reale obbligato a farli deporre il loro letame sul mio campo; ove cioè ambedue ci siamo in quel modo obbligati a fare, parmi che in ambi i casi vi avrà bensì diritto reale, ma non ancora di servitù, perchè la servitù sta nel tollerare.

Ove infine ci fossimo obbligati per diritto reale sul fonte e sugli animali, a tollerare, io che si abbeverino al mio fonte, ed il loro proprietario che forniscano di letame il mio campo, allora parmi che vi avrà reciproca servitù, perchè il rapporto di diritto consisterebbe, non nel fare, ma nel tollerare e nel tollerare ad altrui vantaggio.

Ed ammessa così la servitù:

O gli animali sono pertinenza quindi per finzione legale parte di un fondo altrui, ed allora avendo il mio fonte l'aggravio del loro abbeveramento, ed essi l'aggravio della deposizione del loro letame sul mio campo, vi avrà in ambi i casi l'aggravio di un fondo a vantaggio di un fondo altrui: quindi servitù prediale.

O non sono quella pertinenza ma solo una proprietà mobile altrui, ed allora cadendo sul mio fonte l'aggravio del loro abbeveramento, e su essi l'aggravio della deposizione del loro letame sul mio campo, non vi avrà l'aggravio di un fondo a vantaggio di un fondo altrui, nè quindi servitù prediale. Quel duplice aggravio essendo imposto per diritto reale su cose, sul mio fonte cioè e sugli animali, non vi avrà nemmeno semplice obbligazione personale. Bisognerà dunque ritenere che negli obblighi reali di tollerare l'abbeveramento degli animali altrui al mio fonte, e la deposizione del loro letame sul mio campo vi possa essere servitù personale. Dico servitù personale, perchè in ambi i casi, secondo i §§ 472, 473 del Codice austriaco vi sarebbe tolleranza per riguardo a cose (il fonte, gli animali) a vantaggio altrui. E questa servitù personale parmi che sarebbe di uso.

Digitized by Google

(b) L'autore promuove qui due altre quistioni.

La prima, se sia servitù lasciar passare taluno sul suo ponte senza pagare gabelle.

La seconda, se riscuotere un pedaggio sia servitù attiva per chi lo riscuote.

Rispondo:

Nello stato attuale della nostra legislazione gabelle e pedaggi, pei §§ 287, 1456 del Codice austriaco, non ponno imaginarsi che come diritti spettanti al Sommo Imperante in tale sua qualità. Non cangiano natura nemmeno se passati per effettiva o presunta, per espressa o tacita concessione di lui in persone private, fisiche o morali. Sono sempre fondati nel pubblico diritto. Da questo soltanto, e non dal diritto privato, sono regolabili. Non ponno qualificarsi una di quelle servitù che sono instituzione del diritto privato e che in esso hanno lor regole. Quindi la esazione di un pedaggio su un ponte, su una strada, ecc., il privilegio di passarvi senza pagare gabelle in nessun caso, a mio credere, sono servitù.

È poi chiaro che se non vi ha più passaggio non può esservi pedaggio.

I pedaggi riscossi anche da privati furono verso indennizzazione avocati allo Stato, nel territorio della repubblica cisalpina colla legge 5 pratile anno VI: negli Stati veneti col decreto 15 aprile 1806.

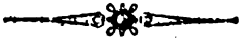
Per l'articolo 38 della legge sulle strade del 27 marzo 1804 pedaggi riscossi dallo Stato su strade e ponti dipartimentali e su ponti comunali furono ceduti ai Dipartimenti e Comuni incaricati del mantenimento delle strade e dei ponti.

Per l'articolo 39 i pedaggi cui non era annesso diritto di regalia dovettero essere ceduti verso indennizzazione dai possessori ai Dipartimenti e Comuni quando questi ne avessero fatto domanda.

Per l'articolo 40 le disposizioni dei suddetti due articoli non si estesero ai pedaggi di acqua, cioè ai porti o sieno ponti volanti o ponti di barche su fiumi e canali.

Trovo nel Manuale di acque, strade ed opere comunali del signor del Colle (Padova, Seminario, 1842), riportato a pagine 12 un decreto italiano del 24 agosto 1805 pel quale i Comuni aventi obbligo di costruire ponti utili alle comunicazioni interne, ponno essere abilitati dal Governo a riscuotere su essi pedaggi.

E secondo la Notificazione del Governo di Venezia del 20 gennaio 1821 N. 1120, S. M. accordò ai privati ed alle società private che costruissero una strada artifiziale *(chaussée)* là dove non esisteva e la mantenessero bene, un pedaggio, ove lo chiedessero, per 50 anni dal dì del compimento della strada.



Digitized by Google

CAPUT IX.

DE SERVITUTIBUS NOMINATIS ET INNOMINATIS.

I. *Servitutes urbanae et rusticae quae dicantur.* — II. *Servitutes innominatae quaenam sint.* — III. *Servitutes nominatae quae appellentur.*

Secunda divisio servitutum est? Nam quaedam servitutes sunt nominatae: quaedam innominatae (1).

I. *Et dic, quod servitutes urbanae nominatae sunt illae quae ponuntur in* l. 1 principio de servit. urban. praedior., *innominatae vero sunt illae rusticae, quae ponuntur in* l. 1 § in praediis 1, ff. de servit. praedior. rust. *Et nominatae dicuntur secundum Paul. de Castr.* (2), *quia sunt nomina juris, ut iter, actus, via, aquaeductus, et similia, sed innominatae ideo dicuntur, quia illa sunt nomina actus, non nomina proprie, sicut sunt aquae haustus, pecoris ad aquam compulsus, jus pascendi, calcem coquendi, et arenam fodiendi: de quibus fit mentio in* d. § in praediis. *Denominantur ergo istae servitutes ab ipso actu utendi: sicut videmus, quod quaedam sunt maleficia nominata, ut furtum, falsum, et similia, quae sunt nomina juris.*

II. *Quaedam innominata, quae non*

CAPO IX.

DELLE SERVITÙ NOMINATE ED INNOMINATE.

I. Quali si dicano servitù urbane e quali rustiche — II. Quali sieno le servitù innominate. — III. Quali si chiamino servitù nominate.

Evvi una seconda divisione delle servitù. Imperciocchè alcune servitù sono nominate, altre innominate.

I. E tu di' che servitù urbane nominate sono quelle che veggonsi esposte nella legge 1 *in princ. ff. de servitut. urbanor. praed.*, innominate poi sono le rustiche che trovansi enumerate nella legge 1 *in praediis ff. de servit. praed. rust.* E s'appellano *nominate* secondo Paolo di Castro, perchè sono nomi di diritto, come passaggio, condotta, strada, acquedotto e simili; ma le *innominate* poi così si chiamano perchè sono nomi di azione, anzichè nomi propriamente detti, come sono: l'attignimento dell'acqua, lo spignimento del bestiame all' acqua, il diritto di pascere, di cuocere la calce, di cavare la sabbia, dei quali fa menzione il detto § *de praediis*. Pertanto queste servitù derivano il loro nome dallo stesso atto di usare, in quella guisa che vediamo alcune azioni essere nominate delitti, come il furto, il falso e simili, che sono nomi di diritto;

II. Ed altre essere innominate, cioè non

Digitized by Google

possunt fieri cum dolo et sine dolo. Primo casu sunt maleficia, secundo non: sed prima non possunt fieri sine dolo, ut not. Bart. (1), ubi haec etiam infert ad quaedam alia. Sed licet illa sint in se vera, tamen videtur, quod illae servitutes, de quibus in d. § in praediis, possunt dici nominatae, tum quia habent nomen proprium, et elegans, sicut aliae nominatae (2), tum quia videntur esse nomina juris, et nominari a jure, non ab actu, sicut est aquaeductus, quae videntur esse ita nominata, sicut aquaeductus. Item jus pascendi, calcis coquendae, et arenae fodiendae: nam illa nomina referuntur ad jus, non ad factum. Tamen denique dicit Jurisconsultus (3), quod in servitutibus rusticorum praediorum sunt computanda aquaehaustus, etc., quasi dicat, istae sunt servitutes, quae ita nuncupantur, sicut et aliae, idem probatur Instit. (4). Et ideo posset forte dici, quod illae, de quibus in d. § in praediis, possent dici nominatae: sed illae quae non reperiuntur habere nomen proprium, sicut est, quando constituitur aliquid quod possit fieri in praedio, quod de jure non possis facere fenestram in muro communi, vel cum non possis id, quod de jure posses: ut puta promittis non facere fenestram in fundo tuo proprio (5), et similes sunt innominatae.

III. Illae vero, quae reperiuntur habere nomen proprium a jure inventum (6), dicuntur esse nominatae, per notata in l. jurisgen. in princ. ff. de pact. Dicit etiam Petr. et Cyn. (7) quod nominatae servitutes non sunt plures, sed bene plures sunt innominatae. Quod si aliquis concedat mihi ut in fundo suo recipiam omni anno unum starium frumenti, vel unum modium bladi, vel quod pomum ex viridario suo percipiam: istae tamen servitutes similes constitui possunt (8). Et dici possunt servitutes personales innominatae. Sed in hoc ego aliter dixi supra (9). Et ideo teneas id quod ibi conclusum est.

(1) In l. 1. § 1. ff. si quis testam. liber esse jus. fuer. et l. 1. in princ. ver. venio ad tertiam

e ferire; le quali azioni possono esser commesse con dolo e senza. Nel primo caso sono delitti, nel secondo no; ma le prime non possono avvenire senza dolo, come nota Bartolo, che applica queste norme ad alcuni altri casi. Ma benchè quelle cose sieno per sè vere, nondimeno sembra che le servitù, delle quali fa menzione il detto § *in praediis*, possano dirsi nominate, sì perchè hanno un nome proprio ed elegante, come le prime, e sì perchè paiono essere nomi di diritto e derivare la loro denominazione dal diritto e non dall'atto, come è l'acquedotto, la quale servitù sembra essere così nominata come condotta d'acque. Dicasi lo stesso del diritto di pascere, di cuocere calce e di cavar sabbia; imperciocchè que' nomi si riferiscono al diritto anzichè al fatto. Nondimeno dice il Giureconsulto che nelle servitù de' rustici predii, debbono ammettersi l'attignimento dell'acqua, ec., quasi dicesse: Queste sono servitù che così si chiamano come le altre. Lo stesso è provato dalle Istituzioni. E perciò potrebbe dirsi per avventura che quelle, di cui il detto § *in praediis*, possono appellarsi nominate, ma che quelle le quali non hanno un proprio nome (com' è quando si statuisce che possa esser fatto alcunchè nel fondo, che per diritto tu non possa aprire finestra nel muro comune, o che non possa far ciò che per diritto potresti fare, come, per es., se prometti di non aprire finestre nel proprio tuo fondo e simili), sono *innominate*.

III. Quelle poi che posseggono un proprio nome, desunto dal diritto, si dicono essere *nominate* per ciò ch'è notato nella legge *juris gent. in princ. ff. de pact.* Inoltre dicono Pietro e Cino che le nominate non sono le più, ma ben lo sono le innominate. Che se alcuno mi conceda che io raccolga ogni anno dal suo fondo uno staio di frumento, od un moggio di biada, oppure che percepisca un frutto dal suo giardino, queste servitù tuttavia possono essere costituite, ed appellarsi servitù personali *innominate*. Ma intorno a ciò io dissi altrimenti più sopra. E però segui quello che ivi è stabilito. (*a*).

(6) Sicut est in l. 1. et 2. de servit. rustic. praedior.

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO IX.

(a) Quali diversi effetti legali produce una servitù per essere nominata od innominata? Mi pare nessuno. Questa divisione delle servitù è dunque del tutto scolastica. Nè il Codice austriaco, nè il Codice Napoleone l'ammettono.

In ogni modo, a mio credere, nominate sono quelle servitù cui la legge dà un nome o, a meglio dire, che indica in che cosa consistano. Innominate quelle che non nomina nè indica in nessun modo.

Nominate pel Codice austriaco sarebbero tutte quelle ch'esso enumera nei §§ 475-477.

Pel Codice Napoleone, p. e., quella dell'acquidotto coattivo, secondo l'articolo 640, quella dei marciapiedi lungo i fiumi navigabili od inservienti a trasporto, di cui l'art. 650.

La legge poi non può nominare nè indicare tutte le servitù che specialmente per fatto degli uomini ponno essere stabilite a carico ed a vantaggio dei loro fondi. Tanto è vero che i §§ 475-477 del Codice austriaco enumerando le servitù urbane e rustiche si limitano alle specie più usitate. Tanto è vero che l'articolo 686 del Codice Napoleone ommette di enumerare quelle stabilite per fatto dell'uomo, ed accorda ai proprietarii di stabilire sui loro fondi, salve le condizioni in esso portate, tutte quelle servitù che credessero.

Le servitù così dette innominate che ponno esistere sono tante da essere vano tentativo voler enumerarle.

Pure, per darne un qualche esempio, tali sarebbero quelle di cui parlai nell'annotazione *a* del Capo VIII, del dovere il forno altrui tollerare che io vi cuoccia il mio pane, del dovere gli altrui animali, come pertinenza di un fondo, servire a concimare il mio terreno.

Digitized by Google

CAPUT X.

DE SERVITUTIBUS DIVIDUIS ET INDIVIDUIS.

I. *Servitus ususfructus dividua est, caeterae autem individuae.* — II. *Ea quae facti sunt, divisionem non recipiunt.*

I. *Tertia divisio servitutum haec est. Nam quaedam sunt dividuae, quaedam individuae: nam servitus ususfructus est dividua: et caeterae servitutes sunt individuae* (1). *Et quae sit ratio differentiae, dic quod est ista secundum Doctores, in dictis juribus: quia tantam utilitatem affert ususfructus respectu partis, quantam totum respectu totius: quod non est in aliis servitutibus. Nam ususfructus consistit in commodo fructuum, qui percipiuntur, ut si percipiuntur decem corbes frumenti, vel foeni, tantam utilitatem habeo de uno corbe respectu unius, quantam de decem respectu decem. Sed aliae servitutes tam reales quam personales consistunt in commodo necessitatis: nam praediales, debentur juxta necessitatem* (2), *et personalis, cum usus debetur secundum necessitatem personae* (3). *Necessitas autem est indivisibilis. Nam si ad sustentationem unius necessarii sunt omni die duo panes, non habendo nisi unum continuo: non*

CAPO X.

DELLE SERTITÙ DIVIDUE ED INDIVIDUE.

I. La servitù d' usufrutto è dividua, le altre poi sono individue. — II. Quelle cose che sono di fatto, non ammettono divisione.

I. Questa è la terza divisione delle servitù. Imperciocchè alcune sono dividue ed altre individue. Così la servitù d' usufrutto è dividua, ed individue poi sono le restanti. E se chieggasi quale sia la ragione della differenza, rispondi ch' è questa, secondo i Dottori sulla detta materia: perchè l'usufrutto arreca tanto vantaggio nel riguardo della parte, quanto il tutto ne'riguardi del tutto; locchè non avviene nelle altre servitù. Avvegnachè l' usufrutto consiste nell' utilità dei frutti che si raccolgono, per guisa che se si percepiscono dieci misure di frumento o di fieno, si ritrae tanto profitto di una corba nel riguardo di una, quanto di dieci nel riguardo di dieci. Ma le altre servitù sì reali e sì personali consistono nel bene della necessità; imperciocchè le prediali sono dovute secondo la necessità e la personale egualmente, dovendosi conceder l' uso conforme la necessità della persona. La necessità poi è indivisibile. Perchè se al sostentamento di un tale uomo fossero ne-

Digitized by Google

sustentaretur, quia non potest pro parte vivere, pro parte mori, et haec est ratio (1). *Alia ratio assignata per Alber. de Ros.* (2). *Unde sicut dominium potest dividi, et ita ususfructus; sed usus plus habet facti quam juris : et ideo pars in eo venire non potest* (3).

II. *Ea enim quae sunt facti, non recipiunt divisionem* (4).

(1) *L. pars. ff. de usu et habitat.*
(2) *In d. l. 1, § si ususfr. ad legem Falcid. inter usumfr. et usum, quia ususfruct. ab initio ff. de usufruct.*

poichè con questi due si sostenterebbe e vivrebbe interamente; mentre con quello solo non si reggerebbe, perchè nessuno può vivere in parte e in parte morire: e questa è la ragione. Un altro motivo è assegnato da Alberico da Rosate. E perciò, siccome può essere diviso il dominio, così il può l' usufrutto; ma l' uso ha più del fatto che del diritto, e però non può essere diviso.

II. Imperciocchè quelle cose che sono di fatto non ammettono divisione (*a*).

(3) *D. l. usus pars.*
(4) *Ut l. si is, qui quadraginta, 80, § quae dam 1, ad leg. Falcid.*

ANNOTAZIONI AL CAPO X.

(*a*) Qui l'autore dice essere tutte le servitù indivisibili meno quella dell'usufrutto. E lo dice perchè vengono stabilite secondo il bisogno del fondo o della persona, e perchè essendo il bisogno indivisibile, lo sono esse pure.

Ma mi pare che non dica bene. Non è vero che le servitù sieno sempre stabilite nel limite del bisogno di un fondo o di una persona. È chiaro infatti, che, p. e., il mio fondo può avere il diritto di derivare l'acqua per irrigarlo dalle sorgenti altrui in misura o maggiore o minore del suo bisogno. Lo stesso può dirsi di altre servitù.

Pel § 485 del Codice austriaco la servitù non può arbitrariamente disgiungersi dalla cosa serviente, ed è così da essa indivisibile.

La servitù prediale non può poi essere trasferita ad altro fondo dominante: la personale in regola non può esserlo ad altra persona. Sono così indivisibili da quel fondo e da quella persona.

La servitù è inoltre indivisibile in quanto che il diritto inerente ossia aggravante il fondo non può per aumento o diminuzione di questo mutare. Qui la servitù mi sembra piuttosto immutabile che indivisibile. Immutabile nel senso di rimanere quale era prima, malgrado l'aumento o la diminuzione.

Finalmente, per la divisione del fondo serviente il diritto di servitù non può essere diviso, cioè è indivisibile.

Come si deve intendere questa ultima indivisibilità? Sarà vero, come mi pare che osservino lo Zeiller ed il Winiwarter nei loro commenti al § 485, che divisi fra varii proprietarii il fondo dominante od il serviente prima fra essi indivisi o spettanti ad un solo, la servitù debba essere esercitata e sofferta da tutti i rispettivi condividenti *in solido*, sicchè sia in questo senso indivisibile? O sarà vero che quando ciò non sia per natura impossibile e non rechi maggiore aggravio ai fondi dominante e serviente, la servitù pur rimanendo una sola, cioè non venendo, come osserva anche il Pachmann nel suo primo articolo sulle servitù (Giornale di giurisprudenza del Wagner, puntata di febbraio 1827) divisa in

Digitized by Google

tà di acqua, quella di godere dell'usufrutto di un fondo altrui ed altre simili servitù sono divisibili per natura, perchè quella data quantità di acqua, quell'usufrutto sono suscettibili di divisioni in parti.

In quanto al diritto ed all'obbligo che fonda, la servitù è indivisibile nel senso che, ove tutte le parti aventi il diritto e l'obbligo non sieno d' accordo, rimane sempre, malgrado la divisione del fondo dominante o del serviente tra varii condividenti, una sola e la medesima, nè dividesi in tante servitù separate quanti sono quei condividenti. In questo senso il § 485 prescrive che per la divisione del fondo cui è inerente il diritto di servitù quel diritto non può essere diviso. In questo senso il § 844 prescrive che le servitù non siano suscettibili di divisione. Ed a questo fine l'altro § 847 stabilisce che anche dopo la divisione il diritto di servitù possa essere esercitato come prima.

Ma se tutte le parti aventi il diritto e l'obbligo, sono d'accordo, allora credo che la servitù possa essere divisa anche in più servitù separate e che, cessando così di essere una sola, cessi in questo senso di essere indivisibile.

Credo poi anche che diviso il fondo dominante, p. e., fra varii compratori, la servitù, pur rimanendo sempre una sola e la stessa, possa essere esercitata per parti da ognuno dei condividenti secondo la divisione, quando per natura possa essere divisa in parti e quando ciò non rechi aggravio maggiore al fondo serviente. Infatti pel § 484 del Codice austriaco il possessore del fondo dominante può esercitare a suo grado il proprio diritto, e quei varii condividenti non lo eserciterebbero in tal modo se non potessero esercitarlo per parti a norma della divisione.

Nello stesso modo rimanendo la servitù sempre una sola e la stessa, parmi che, divisa tra varii possessori la cosa serviente, la servitù stessa possa essere sofferta da tutti quei condividenti per parti a norma della divisione, purchè la divisione di essa in parti sia per natura possibile e non rechi maggiore aggravio a quello cui spetta il diritto.

Suppongo infatti nel primo caso, che la mia casa goda la servitù attiva di estrarre dalla cisterna altrui nove secchie di acqua al giorno. Vendo quella casa a tre individui che se la dividono per terzo. Purchè ciò non rechi maggiore aggravio alla cosa serviente, perchè i tre nuovi proprietarii, pur rimanendo la servitù sempre una e la stessa, quella delle nove secchie di acqua, non potranno levare tre secchie al giorno per uno?

Suppongo nel secondo caso, che un mio terreno sia soggetto alla servitù passiva dell'usufrutto verso un terzo. Per vendita quel terreno passa da me in tre proprietarii che se lo dividono per terzo. Purchè ciò non rechi maggiore aggravio a chi ha il diritto dell'usufrutto, perchè ognuno dei tre proprietarii non potrà soffrire l'esercizio della servitù per terzo sulla sua parte? L'usufrutto non resta sempre una sola e la medesima servitù, sebbene sofferto per parti?

E nell'uno e nell'altro caso da me accennato, il volere indivisibile la servitù anche in questo ultimo senso, non sarebbe forse spingere la cosa tropp'oltre e più di quello che giustizia ed equità richieggano? Come potrà essere esercitata e sofferta la servitù attiva e passiva in solido da un condividente per tutti, da tutti i condividenti per ciascuno? Dovranno forse stabilire un procuratore comune per esercitarla e per soffrirla? E tutto ciò non ripugnerebbe senza sufficiente ragione al principio fissato dal § 889, che fra più consorti di cosa divisibile, ognuno non ha diritto che alla porzione a lui competente, e che fra più condebitori di cosa suscettibile di divisione, ciascuno è tenuto per la sua porzione soltanto?

Tutto ciò relativamente al Codice austriaco.

Per l'articolo 701 del Codice Napoleone il proprietario del fondo serviente non può nè scemare nè rendere più incomodo l'uso della servitù prediale.

Non può quindi variare lo stato dei luoghi nè trasferire l'esercizio della servitù in sito diverso da quello della originaria sua destinazione.

Ma se quella destinazione è divenuta per lui onerosa o se gl' impedisce di fare nel fondo serviente le riparazioni vantaggiose può offrire al proprietario del fondo dominante, che non può ricusarlo, altro sito egualmente comodo per l'esercizio del suo diritto.

Per l'articolo 702 chi ha il diritto di servitù ne usa secondo il titolo senza nulla innovare nei fondi serviente e dominante che faccia più onerosa la condizione del primo di quei fondi.

Se l'uso della servitù non può essere scemato nè reso più incomodo, se nulla può essere innovato che peggiori la condizione del fondo serviente, la servitù in questo senso è immutabile.

Digitized by Google

Se in regola l'esercizio di essa non può essere trasferito in altro sito, essa in questo senso è indivisibile dal sito sul quale fu stabilita.

Secondo l'articolo 700 se il fondo dominante è diviso, la servitù è dovuta ad ogni porzione senza rendere però peggiore la condizione del fondo serviente. Cosicchè, ove trattisi di un passaggio, ogni compadrone ne usa nello stesso sito.

Quest'articolo non dice se in caso di divisione del fondo dominante la servitù spetti e sia dovuta ad ogni porzione *in solido*, o se quando sia per natura divisibile in parti e quando non vi abbia altrui aggravio, possa essere esercitata e sofferta dai condividenti appunto per parti.

Veduto ciò che ho detto intorno al § 485 del Codice austriaco, parmi che in questa seconda ipotesi, anche per la legge francese, la servitù possa essere esercitata e sofferta per parti.

Digitized by Google

CAPUT XI.

DE SERVITUTIBUS URBANIS ET RUSTICI, ET QUAE DICANTUR ETIAM SERVITUTES URBANAE.

I. *Servitutes urbanae et rusticae quare dicantur.* — II. *Praedia urbana vel rustica quae nominentur.* — III. *Stabulum an praedium urbanum dicatur.* — IV. *Hortus an praedium urbanum vel rusticum appelletur.* — V. *Horreum an praedium urbanum denominetur.* — VI. *Campanea an praedium urbanum vocetur.* — VII. *Navis an praedium urbanum existat.* — VIII. *Molendinum an praedium urbanum sit.* — IX. *Area an praedium urbanum dici possit.* — X. *Servitus urbana qualis sit, et quomodo noscatur.* — XI. *Si habeam jus eundi per fundum tuum ad domum meam, an hoc servitus esse dicatur.*

I. *Quarta divisio principalis servitutum est. Quaedam enim sunt servitutes urbanae: quaedam rusticae* (1), *et dicuntur urbanae et rusticae, quia non possunt esse sine praedio urbano vel rustico* (2).

II. *Quae autem dicuntur urbana praedia vel rustica? Dic, urbana dicuntur omnia aedificia habitandi causa facta, ubicumque sint, sive in civitate, sive in villa: quia urbanum praedium locus non facit, sed materia* (3). *Rustica autem praedia sunt, quae fructuum percipiendorum causa fiunt* (4), *ita notat Azo in summa* (5).

CAPO XI.

DELLE SERVITÙ URBANE E RUSTICHE, E QUALI ANCORA SI DICANO SERVITÙ URBANE.

I. Perchè le servitù si dicano urbane e rustiche. — II. Quali fondi si appellino urbani o rustici. — III. Se si chiami predio urbano la stalla. — IV. Se l'orto si chiami predio urbano o rustico. — V. Se si appelli fondo urbano il granaio. — VI. Se si chiami fondo urbano la campagna. — VII. Se la nave sia fondo urbano. — VIII. Se sia predio urbano il mulino. — IX. Se l'aia si possa dire fondo urbano. — X. Quale sia la servitù urbana e come si conosca. — XI. Se si dica essere servitù il diritto ch' io ho di passare pel tuo fondo onde andare alla mia casa.

I. Questa è la quarta divisione principale delle servitù. Imperciocchè alcune sono servitù urbane ed alcune rustiche, e si appellano urbane e rustiche perchè non potrebbero esistere senza un fondo urbano o rustico.

II. Quali poi si chiamano predii urbani o rustici? Rispondi che urbani si dicono tutti quegli edificii fatti per abitare, dovunque si attrovino, in città od in villa; poichè non è il luogo, ma la materia che rende urbano il fondo. Sono poi fondi rustici quelli fatti per lo scopo di raccorre i frutti. Così nota Azzone nella Somma.

Digitized by Google

praedium urbanum (1), *alias diceretur rusticum* (2).

IV. *Quid de horto? Dic, si plurimum in redditu est, puta, quia in eo sunt vites, oliveta, vel in eo seminatur frumentum, vel nascuntur fructus venales: et tunc dicitur rusticum praedium, etiamsi sit in civitate, secus, si esset sicut est viridarium, et fructus non vendantur* (3).

V. *Quid de horreo? Dic esse praedium urbanum* (4).

VI. *Quid de campanea? Dic quod si est destinata ad usum hominis esse praedium urbanum, ut in ea quis non posset capi pro debito civili, sicut in domo non posset* (5), *quia tunc venit appellatione domus. Si autem est destinata ad alium usum, puta boum vel pecorum, tunc est rusticum praedium, et tunc posset in ea capi* (6), *quod ego intelligo, nisi esset juncta domui, vel esset campanea, in qua ab una parte esset domus, ab alia stabulum* (7).

VII. *Quid de navi? Videtur quod magis urbano quam rustico praedio comparetur* (8), *secundum Baldum* (9), *et hoc videtur probari* in l. pen. § fin. de his qui dejec. vel effud., *licet non sit proprie domus quae consistit ex solo tecto et pariete* (10), *de quo vide per Lud. Pontanum* (11). *Quid de molendino?* (*). *Dic potius, quod est praedium rusticum, quam urbanum.*

VIII. *Idem in fundo rurali, secundum Bald.* (12) *quod intellige, nisi conjunctum domui* (13), *vel nisi in molendino habitaretur, sicut multi faciunt.*

IX. *Quid de area? Dic, si est causa fructuum comparatum, in quo frumentum excutitur: tunc rusticum praedium reputatur* (14); *sed si esset area, quae proprie curtis seu curia appellatur, quae sit in domo vel domui conjuncta, credo, quod urbanum praedium dici posset, ex qua pars domus reputatur urbana, pro quo facit quod not. Azo* (15).

zione, è fondo urbano; in caso diverso si appellerebbe fondo rustico.

IV. E che dirassi dell'orto? Rispondi: se, come avviene per l'ordinario, ei dà rendita, per esempio, perchè acchiude viti od olivi, o perchè in esso si semina frumento, o nascono frutti da vendersi, allora si dice predio rustico benchè sia posto in città; ed altrimenti, se sia coltivato a guisa di giardino e non si vendano i frutti.

V. Che dirassi del granaio? Rispondi ch' è predio urbano.

VI. E che della campagna? Rispondi, se è destinata all'uso dell'uomo è fondo urbano per guisa che in essa nessuno può esser preso per debito civile, come non lo può essere in casa; avvegnachè allora cade sotto il nome di casa. Se poi è destinata ad altro uso, verbigrazia di buoi o di pecore, allora è fondo rustico, e il debitore può in essa esser preso; locchè io intendo avvenire, qualora non fosse congiunta alla casa, oppure fosse una campagna nella quale da un canto fosse la casa e dall' altro la stalla.

VII. E che dirassi della nave? Sembra doversi equiparare piuttosto al fondo urbano che al rustico, secondo Baldo, e ciò appare provato dalla legge *facult.* § *fin. De his qui dejece. vel effud.*, benchè non sia propriamente casa che consista del solo tetto e delle pareti, intorno a che vedi Lodovico Pontano. E del mulino che si dirà (*)? Rispondi che egli è piuttosto predio rustico che urbano.

VIII. Lo stesso di' se egli è posto in fondo rurale, secondo Baldo; il che intendi: se però non sia congiunto alla casa, o purchè non si abiti nel mulino, come è costume di molti.

IX. E che si dirà dell' aia? Rispondi: se è luogo preparato alle messi, nel quale si batte il frumento, allora si stima fondo rustico; ma se fosse tale aia che propriamente si chiama corte o *curia*, e fosse dentro la casa od unita alla casa, io credo che si potrebbe dire fondo urbano; perchè la parte di una casa, che serve ad essa, si reputa urbana: la quale opinione è raffermata da Azzone.

Digitized by Google

X. *Sed quomodo cognoscetur quae sit servitus urbana? Die ex qualitate praedii cui servitus debetur, non ex qualitate ejus quod servitutem debet. Nam talis est servitus, quale est praedium cui debetur: quoniam servitus denominatur a praedio dominante, cui debetur a digniori* (1). *Sed urbanae servitutes sunt, quae praediis debentur urbanis: rusticae, quae debentur praediis rusticis. Nam ad hoc, ut sit servitus urbana, necessarium est, quod sit praedium urbanum, cui debetur servitus, et quod ei debetur ut urbano. Si enim iter, vel via, quae rusticae servitutes sunt* (2), *debentur domui: tamen quia deberi possunt, non intuitu aedificii, sed soli, nihilominus rusticae servitutes dicerentur* (3), *similiter dicendum est in rustica servitute. Nam et illa ideo tantum dicitur rustica, quia debetur rustico praedio: non intuitu aedificii alicujus*, ut probatur in l. 1. de serv. urb. praed., *ubi dicitur, quod stillicidium avertendi in tectum vel in aream vicini, servitus urbana est: et quandoque potest esse, quod area sit praedium rusticum in villa vel in urbe*, ut dixi in versic. quid de area. *Sed tamen quia urbanum praedium, cui servitur, dicitur urbana servitus. Exemplum, est aedificium gratia fructuum percipiendorum, et ei urbana servitus debetur, vel ut ipsum liceat altius tollere, vel objicere parieti vicini, vel ut cloaca habeatur per vicini domum, ad quam aquae fundi mei rustici accedant, dicetur servitus rustica* (4).

XI. *Sed quid si habeo jus eundi per fundum tuum ad domum meam, an tunc dicetur servitus urbana* (**)? *Et videtur, quod sic, per praedicta. Nico. de Ma.* (5) *tenuit contrarium; scilicet, quod sit rustica servitus, quia debetur a solo tuo meo: secus dicit ipse, si debeatur superficiei domus meae, et sic aedificio: quia tunc bene diceretur urbana* (6). *Ego autem in hoc sic puto esse dicendum. Aut habeo jus eundi per fundum tuum in domum meam, quantum ad superficiem, aut*

X. Ma come si conosce quale sia la servitù urbana? Rispondi: dalla qualità del fondo al quale è dovuta la servitù, non già dalla qualità di quello che la deve. Imperciocchè tale è la servitù quale è il fondo cui è dovuta; dacchè si denomina servitù dal fondo dominante, a cui si deve come al più degno. Ma sono poi urbane quelle servitù che sono dovute a' fondi urbani; rustiche quelle che si debbono a' predii rustici. Avvegnachè è necessario, onde v'abbia servitù urbana, che vi sia un predio urbano cui sia dovuta la servitù, e che a lui si debba come urbano. Sebbene le servitù di passaggio e di strada, che sono rustiche, si debbano alla casa, nondimeno poichè possono esser dovute non già in riguardo dell'edificio, ma del suolo, si direbbero pure servitù rustiche. Lo stesso è da dirsi della servitù rustica in genere. Imperciocchè questa si chiama così soltanto perchè è dovuta a un fondo rustico; non già in riguardo di alcun edificio, come è provato dalla legge 1, *de serv. urb. praed.*, ove è detto che la servitù di rivolgere lo stillicidio sul tetto o sull'area del vicino è urbana; ed alle volte può accadere che l'area sia predio rustico sì in villa e sì in città, come dissi nel versetto *Che dirassi dell'aja*?; ma nondimeno, poichè urbano è il fondo al quale serve, si dice servitù urbana. Ecco un esempio. V' ha un edificio fatto per accorre le messi, e ad esso è dovuta la servitù urbana, sia perchè lo si possa innalzare od appoggiare alla parete del vicino, sia perchè si possa usare della cloaca sita nella casa del vicino, alla quale giungono le acque del mio rustico fondo; e si dirà servitù rustica.

XI. Ma si dirà forse servitù urbana quella in virtù della quale io ho diritto di andare pel tuo fondo alla mia casa (**)? E sembra che sì per le predette cose: Nicolò di Ma. ritenne il contrario, cioè che sia servitù rustica, perchè è dovuta dal tuo fondo al mio; e sarebbe altrimenti, dice lo stesso, ove fosse dovuta alla superficie della mia casa e così all' edificio; perchè allora a buon diritto si chiamerebbe urbana. Io poi ritengo che la quistione debba essere sciolta in questo modo: Od io ho diritto di andare a casa mia pel tuo fondo rispetto alla superficie,

Digitized by Google

quantum ad solum seu aream, aut simpliciter ad domum meam. Primo casu non habet dubium, quod est dicenda servitus urbana. Secundo casu, quantum ad solum, seu aream tantum: et tunc aut est area gratia fructuum (1), *puta quia promisisti, quod venire possem cum plaustro ad aream meam per fundum tuum: et tunc quia talis area dicitur esse praedium rusticum*, ut dixi supra in versic. quid de area, *et tunc erit servitus rustica. Aut est area, seu curia, nec gratia fructuum, sed animalium, sicut est curia animalium, anserum, et simil., et puto, quod etiam judicari debeat servitus rustica: quia talis curia dicitur potius rusticum, quam urbanum, etiamsi esset in civitate, per ea quae dicta sunt supra, et his duobus casibus potest procedere, quod dixit Nicol. de Ma. Aut est area seu solum non gratia fructuum vel animalium, sed pro usu domus: ut quia per eam itur ad superficiem, sicut communiter sunt curiae in civitatibus: tunc teneo, quod sit servitus urbana: quia talis curia seu area debet dici urbanum praedium*, ut dixi supra in versic. quid de area. *Tertio principali, quando simpliciter habeo jus eundi per fundum tuum ad domum meam, et tunc teneo indistincte, quod sit dicenda servitus urbana, ex quo debetur domui, et sic fundo urbano, per ea quae sunt dicta supra.*

(1) *Juxta l. fi, § fi, C. de serv.*

(*) *Molend.* Quae sit ratio statutorum disponentium, quod molendina non possint fieri nisi dimissa certa distantia inter unam et aliud. *Alex. consil.* 22. *in* 2. *col.* ubi ponit de mensuratione fienda hoc casu, an per aerem vel quomodo. Et ex quo flumine licite possit trahi aqua ad molendina, *vide Corn. consil.* 248. *in* 4. *vol.*

(**) *Servitus.* Adde Alexan. *cons.* 176. *in* 2. *vol. Et in consil.* 142. *in* 1. *colum.* Et quomodo jus servitutis acquiratur, *cons.* 118. *et cons.* 27. *in* 3. *col. in princ. et in* § *et est ratio.*

o rispetto al suolo od area, o semplicemente a casa mia. Nel primo caso è indubitato che dee appellarsi servitù urbana. Nel secondo, cioè, rispetto al suolo ed all'area solamente, deesi distinguere: o l'area è destinata a' frutti, per esempio, perchè promettesti ch' io potessi andare col carro pel fondo tuo alla mia corte, ed allora, poichè tale area si reputa predio rustico (come dissi più sopra nel versetto *Che dell'aia?*) la servitù si dirà rustica. Od è aja, o corte, non destinata a'frutti, ma invece agli animali, come alle oche e simili bestie, ed opino che anche allora debba giudicarsi servitù rustica; perchè tale cortile si dice fondo rustico piuttosto che urbano, anche se fosse in città, per le sopraddette ragioni; e in questi due casi può stare ciò che disse Nicolò di Ma. Od è area, o suolo, non destinato a frutti, o ad animali, ma all'uso domestico, come se per esso si andasse alla casa; al qual uso sono ordinariamente destinate le corti nelle città, ed allora ritengo che sia servitù urbana; perchè siffatto cortile, o suolo, si dee appellare fondo urbano, come dissi più sopra nel vers. *dell' aja*. Nel terzo caso principale poi, cioè quando ho semplicemente il diritto di andare pel tuo fondo alla mia casa, io opino, senz'uopo di distinguere per le suaccennate ragioni, che ella si debba ritenere servitù urbana, perchè è dovuta alla casa e perciò a fondo urbano (*a*).

(*) *Molino.* Quale sia la ragione delle leggi statutarie per le quali i mulini non possono fabbricarsi se non ad una certa distanza fra l'uno e l'altro, vedi il cons. 22, colonna 2 di Alessandro, dove parla della misura da prendersi in questo caso, se per l'aria, o in qual altro modo. E da qual fiume poi si possa derivare l'acqua ai mulini, vedi il Corneo cons. 248, vol. 4.

(**) *Servitù.* Aggiungi Alessandro, cons. 176, volume 2. E nel cons. 142, colonna1. E in qual modo si acquisti il diritto di servitù, lo stesso, cons. 118 e 27, colon. 3 in princ. e nel § *et est ratio.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XI.

(*a*) Nemmeno dall'essere la servitù prediale o rustica od urbana sorgono diversi effetti giuridici. Anche siffatta divisione delle servitù, comunque adottata dai Codici Napoleone ed austriaco, è affatto scolastica.

Per l'art. 687 del Codice Napoleone il fondo dominante è una fabbrica (edifizio) od è un terreno. Quando la servitù è stabilita a favore di una fabbrica posta in città od in cam-

Digitized by Google

Essendo tali definizioni non per altro adottate che per distinguere le idee, non mi sembra necessario esaminare se e quanto siano esatte. Per la stessa ragione non mi sembra, almeno per noi, necessario esaminare, come fa l' autore, quale fra i tanti predii da esso accennati, a cui vantaggio può andare una servitù, sia urbano e quale rustico.

E ciò tanto meno sembrami necessario in quanto che nello stato attuale della legislazione, il farlo, seguendo l' autore, potrebbe condurre ad inesattezze e perfino ad errori.

Per esempio, l'autore dichiara la nave predio piuttosto urbano che rustico. Questo per noi sarebbe un errore. Infatti le navi pel § 293 del Codice austriaco, per l'art. 631 del Codice Napoleone e per l' art. 190 del Codice di commercio del regno d'Italia, sono cose mobili e non immobili, e non sono suscettibili di servitù prediali.

Più ancora. L' autore dichiara il mulino predio piuttosto rustico che urbano. Ciò non è esatto pei mulini su barche o su battelli. Questi infatti per le suddette disposizioni dei Codici Napoleone ed austriaco e pel decreto dell' aulica Cancelleria del 13 maggio 1824 operativo per le antiche provincie austriache sono cose mobili e non immobili. Non sono dunque predii. Su essi non vi può essere servitù prediale, nella quale il predio serve al predio.

La divisione poi di queste servitù in urbane e rustiche mi sembra inutile anche nello scopo di distinguere le idee. Infatti la stessa servitù prediale può essere e urbana e rustica. Se ho, per esempio, la servitù attiva del passaggio per l' altrui casa di abitazione ond' entrare nella mia, tale servitù è urbana. Se ho la servitù attiva di passaggio pel campo altrui ond' entrare nel mio, tale servitù è rustica.

Non senza ragione quindi il Codice generale prussiano deve avere ommesso tale divisione delle servitù prediali.

Digitized by Google

CAPUT XII.

DE SERVITUTIBUS REALIBUS ET PRAEDIALIBUS, ET IN QUO SIMUL CONVENIANT, ET QUAE SIT EARUM NATURA.

I. *Natura omnium servitutum quaenam sit.* — II. *Aqua cadens in curte tua naturaliter, si per se ad curtem meam currat, an licitum sit mihi aliquid facere per quod decursus impediatur.* — III. *Promittens solam patientiam, aut per alia verba servitutem promittens, non videtur, servitutem constituere, sed personaliter se obligare.* — IV. *Servitus in bonis nostris non est, nec extra bona.* — V. *Servitus numquid locari possit.*

Circa istas servitutes urbanas et rusticas, quae reales sunt, et praediales appellantur, ut saepe dictum est, aliqua videamus, quae ipsis simul conveniunt, et communia sunt: postea de his tantum hoc libro dicemus, quae urbanas servitutes contingunt.

I. *Et primo videamus, quae sit harum servitutum natura. Et dic, quod in hoc est, ut quis aliquid patiatur, puta, quod possim mittere tignum in parietem vicini, aut ut aliquid non faciat, puta altius non tolli* (1), *non autem est ea natura, ut aliquid faciat quis, ut veluti viridaria colat, aut amoeniorem prospectum praestet* (2). *Fallit hoc in servitutibus oneris debendi* (3). *Item ea est natura harum servitutum realium, ut si intersit vicinorum qui servitutem sibi deberi volunt: alias si nec hominum, nec praediorum interest: ser-*

CAPO XII.

DELLE SERVITÙ REALI E PREDIALI, IN CHE COSA CONVENGANO INSIEME E QUALE SIA LA LORO NATURA.

I. Quale sia la natura di tutte le servitù. — II. Se mi sia lecito fare alcun' opera per impedire il corso dell' acqua che cade naturalmente nel tuo cortile e da quello poi di per sè discorre al mio. — III. Non sembra costituire una servitù, ma personalmente obbligarsi, colui che promette la sola pazienza e con altre parole promette servitù. — IV. La servitù non è nei nostri beni, nè fuori di essi. — V. La servitù non può essere locata.

Intorno a queste servitù urbane e rustiche, che sono reali e si chiamano prediali, come spesso fu detto, consideriamo prima alcune cose che s' accordano e sono comuni con esse; poscia tratteremo in questo libro di quelle soltanto che le servitù urbane da vicino riguardano.

I. Primamente indaghiamo quale sia la natura di questa servitù. E tu di' ch'ella sta in ciò che alcuno soffra qualche cosa; per esempio, ch' io possa mettere una trave nel muro del vicino: oppure in ciò che non faccia qualche cosa, per esempio, che non erga più alto. Non è però di sua natura che alcuno faccia qualche cosa, come che coltivi il giardino o renda più ameno il prospetto. V' ha un' eccezione per la servitù di sopportare il peso. Parimenti è natura di queste servitù reali, che valgano se giovino ai vicini, i quali pretendono sia loro dovuta la servitù, non valgano ove non giovino nè agli uomini

Digitized by Google

vitutes non valere, veluti ne per fundum tuum eas, aut ibi constituas: et ideo si mihi concedas jus tibi non esse in fundo tuo uti frui, nil agitur aliter, si concedas mihi jus tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere, minuendae aquae meae causa (1), *et ideo si vendo tibi domum cum pacto, ut non possis ibi exercere tales artes, si ex hoc consequor aliquam utilitatem, quia in alia mihi remanente similem artem exercebam, valet pactum: alias secus. Non valebit ergo talis conventio tanquam servitus, cum non sit praedium dominans: licet valeat talis conventio, ut obligeris tu et haeredes tui, ut notat Bart.* (2). *Et eodem modo, si convenisti mecum, ut non possis facere fenestram in tuo pariete, per quam possis inspicere me in arte mea, vel in camera: valet ista conventio, si mea interest propter honestatem: quia non possum libere uti domo mea, cum homines nolint in omnibus videri, et iste casus poterit quotidie contingere secundum Paul.* (3). *Sed si intervenisset conventio, licitum est facere in suo, dummodo non tangeret ex alieno: licet ex hoc alienum incommodaretur* (4); *ad quod vide quod dicam infra, de servitute altius non tollenda.*

II. *Ex hoc sequitur. Quod si aqua cadens in curte tua naturaliter, et per se currit ad curiam, licitum est mihi aliquid facere per quod impediatur fluvius seu decursus aquae, et remaneat in tua curte* (5), *dummodo nihil tangam de tuo, facit quod not.* (6). *Quod autem dixi, quod non est servitus vel conventio, nisi intersit, procedit quando continet non fieri* (7), *secus si continet fieri, videlicet ut possim aliquid facere in tuo, nam tunc valet: licet tunc sit mihi inutile* (8). *Et est ratio, quia saltem aliquid consequor penes me: et sic possum habere rem, licet mihi non sit utilis,* ut dicit text.; *et ratio rationis, potest interes-*

nè ai fondi. Non sarebbero valide, per esempio, le servitù: che tu non possa andare pel tuo fondo, o che in esso tu non possa stanziare; e perciò se mi concedi che tu non abbia diritto di godere ed usare del tuo fondo, niente avviene in contrario, come non avviene, se mi concedi non aver tu diritto di attigner acqua nel tuo fondo, onde non diminuire l'acqua mia. Così pure, s'io ti vendo una casa col patto che tu non possa esercitare in essa certe arti, e se da quello io ritraggo alcun vantaggio, perchè in un'altra casa che mi rimane esercito la stessa arte, il patto avrà vigore; e non lo avrà se altrimenti. Pertanto questa convenzione non varrà come servitù, perchè non v'è fondo dominante; benchè valga l'altra convenzione: che tu e i tuoi eredi siate obbligati, come nota Bartolo. Nella stessa guisa se hai convenuto meco che tu non possa aprire una finestra nella tua parete, per la quale ti sia possibile vedermi lavorare nell'arte mia, od in camera, tale convenzione è valida se mi giova a riguardo d'onestà; dappoichè non potrei altrimenti usare liberamente della mia casa, e gli uomini non amino esser veduti in tutte le loro azioni; e questo caso potrà quotidianamente accadere, secondo Paolo. Ma se non vi è convenzione, è lecito fare nel proprio fondo ciò che più aggrada, purchè non si tocchi l'altrui, sebbene in ciò fare altri fosse incomodato; e intorno a questo vedi quanto io dirò più sotto circa la servitù di non alzare più alto (*a*).

II. Segue da ciò, che se l'acqua che cade naturalmente nel tuo cortile scorra pure naturalmente nel mio, mi sia lecito operare in guisa che resti impedito l'affluvio, o corso dell'acqua, sì che essa rimanga nel tuo cortile, purchè in ciò fare nulla io tocchi del tuo (*b*). Quanto poi dissi, cioè che non v'ha servitù o convenzione se non v'è giovamento, vale allorquando essa contiene il non fare, e non vale se contenga il fare, come per es. ch'io possa fare alcunchè nel tuo fondo, imperciocchè allora essa ha valore, benchè non mi giovi punto. E la ragione è questa: chè almeno conseguo alcun vantaggio per me, e così posso avere la cosa, benchè non mi sia utile, come dice il testo; e

(1) *Est text. in d. l. quoties, in princip.*
(2) *In l. venditor. communia praedior.*
(3) *In d. l. quoties.*
(4) *Ut l. altius, Codic. de serv.*
(5) *Argum. optimum in l. 1. § sunt qui putant, 6. ff. ne quid in flumine publ.*
(6) *De damno infect. l. Proculus secundum Paulum de Cast. ita not. in d. l. quoties, 15. in princ. de serv. quod est not.*
(7) *In d. l. quoties.*
(8) *Ut l. ei fundo, ff. de serv.*

Digitized by Google

se mea in futurum habere: puta ducere aquam per fundum meum, alias secus, secundum Odofred. et Floren. ibi. Item dixi, quod natura servitutis est pati: non credas, quod per solam patientiam servitus constituatur.

III. *Nam ille qui promittit solam patientiam, aut per alia verba promittit servitutem, non videtur servitutem constituere, sed personaliter obligare* (1). *Item tertia natura servitutis est, ut hujus juris servitutis nulla sit vacua traditio, sed patientia de utendo habetur loco traditionis* (2), *quomodo et qualiter servitus constituatur, et ex hoc potest colligi, quod dicatur tradita possessio vacua, licet res debeat alteri servitutem praedialem*, ut probatur in l. Maevius, § fundo, de legat. 2; *et ibi hoc not. Bart. et Dd., nam dicitur in § praecedenti, haeredem non liberari, nisi tradat vacuam possessionem*, et in d. l. si fundo *dicitur liberari: licet tradiderit fundum alteri servientem, quod not. pro illis qui tenentur vacuam possessionem tradere* (3), *secus si promisissent tradere vacuam et liberam possessionem: quia tunc non liberaretur, si traderet rem alteri servientem, quod est not. Item quarta natura est, ut in stipulatione vel servitutis promissione* (*) *veniat jus et factum: jus, in quantum debuit servitutem constituere: factum, in quantum patientia debet praestari* (4). *Item quinta est natura servitutum realium, ut secundum indigentiam praedii dominantis constituantur* (5), *sed servitus usus secundum indigentiam personae cui debetur* (6). *Servitus autem ususfructus non est secundum indigentiam rei, vel personae: imo ejus est naturae, ut omnes fructus spectent ad usufructuarium* (7). *Item sexta natura est, quia servitus possideri non*

la ragione della ragione è poi questa: che può giovarmi in futuro l' averla, come sarebbe il condurre l'acqua al mio fondo. Che se ciò non fosse, avverrebbe altrimenti, secondo che sopra quello dicono Odofredo e il Fiorentino. Dissi parimenti ch' è natura della servitù il soffrire; ma non credere però che la servitù sia costituita in forza della sola pazienza.

III. Imperciocchè quegli che promette la sola pazienza, o, con altre parole, promette la servitù, non sembra quella stabilire, ma sì piuttosto obbligarsi personalmente (*c*). Del pari è terza qualità della servitù, che non vi sia alcuna vuota tradizione di questo diritto, ma la pazienza di usare stia in luogo della tradizione. E da ciò può dedursi perchè si dica consegnato *il vuoto possesso*, benchè la cosa sia gravata di servitù prediale verso un'altra, come è provato dalla legge *Maevius*, § *fundo. De legat.* 2, sulla quale Bartolo ed i dottori notano la stessa cosa; imperciocchè dicesi nel § precedente che l'erede non è liberato se prima non consegni il *vacuo possesso*, e nella detta legge *si fundo* è detto essere liberato, sebbene abbia consegnato ad altri il fondo serviente; locchè nota bene a favore di quelli che ritengono dover consegnare il *vacuo possesso*. Altrimenti avverrebbe se avesse promesso di consegnare il vacuo e libero possesso, perchè allora non sarebbe liberato se consegnasse la casa serviente ad un altro (*d*). Parimenti è quarto attributo della servitù che nella sua stipulazione o promessa (*) concorrano il diritto ed il fatto; il diritto, in quanto abbisogna a creare la servitù; il fatto, in quanto dev'essere prestata la pazienza. Così pure è quinto attributo delle servitù reali che siano stabilite proporzionalmente al bisogno del fondo dominante, ma la servitù d' uso però in proporzione del bisogno dell' usuario. La servitù poi d' usufrutto non è proporzionata al bisogno della cosa o della persona; anzi è proprio della sua natura che tutti i frutti spettino all' usufruttuario (*e*). Del pari è sesto attributo, che la servitù non possa es-

(1) *Ut est text. cum gloss. in d. l. si sub una.*

nem Codic. de usufruct.. et vide Barthol. in leg. sti-

Digitized by Google

potest, sed intelligitur possessionem earum habere, qui aedes possidet (1).

IV. *Item septima natura, qui servitus non est in bonis nostris, nec extra bona* (2). *Item octava est natura servitutis, quia servitutes, seu servitutum jura non sunt substantia, sed qualitates praediorum, et insunt praediis: sicut jurisdictio dicitur esse qualitas territorii* (3), *quod servitus est in fundo, sicut forma accidentalis, et sicut qualitas est materia. Item nona, quia servitus seu jura praediorum urbanorum non possunt pignori dari, nec convenire potest, ut hypothecae sint* (4), *et ibi assignatur ratio* in gloss. (5); *ibi assignat hanc differentiae rationem: quia servitutes urbanae debent constitui sub quadam perpetuitate, ne urbs deformetur ruinis* (6), *non enim esset conveniens, ut postquam misisti tigna, soluto pignore cogaris tollere: quod secus est in servitute rusticorum praediorum, quia istud ibi cessat inconveniens; et ista ratio placet Bartholo ibi, qui dicit, quod si forte in servitutibus urbanorum praediorum esset eadem ratio, quae est in servitutibus rusticorum praediorum, consisteret obligatio,* ut in hoc *exemplo: obligo tibi servitutem altius non tollendi, donec tibi credita solvatur pecunia: certe isto casu cessent rationes praedictae, ideo videtur, quod obligatio.*

V. *Sed numquid servitus locari possit,* vide text. cum gloss. et ibi Dd. in l. 1, § inter commodatum 1, ff. commod., *et dicam in illa quaestione, qualiter quis debeat uti servitute. Item est decima et ultima natura servitutum, quia in earum praescriptione non desideratur titulus* (7).

(1) *Ut est text. in l. si aedes meae,* 22. § *fin. de servit. urbanor. praedior. de quo vide plene per Cyn. in l.* 2. *C. de serv. et plenissime per Bald.*

(2) *L.* 1. *de usufruct. legat. et ibi hoc declaratur per gloss. et Dd. et habetur per gloss. in l. si is,* § *fin. ff. de pignor. et per gloss. Inst. de rerum divis. in princ. in versic. habentur.*

(3) *C. ubi et apud quem, l. final. et inest. territorio, ut ibi not. et hoc vult Bal. in l. data opera, in* 16. *solum. versic. sed numquid jura sint substantia vel qualitates, C. qui accus. non poss. et dicit Flor. in l. pecoris, de servit. rustic. praedior.*

(4) *Text. est in l. si is,* § *fin. ff. de ignor.*

(5) *Penult. sed rusticorum praediorum sic text. est in l. sed an viae eodem titul. et gloss.*

(6) *Ut in* § *cum in suo* 29. *Inst. de rerum division. et l. final. ff. ne quid in loco publico.*

(7) *Text. est in l. si quis diuturno, si servit. vendit. et not. per gloss. in princ. in l.* 2. *C. de serv. et aqua, et ibi per Dd.*

(*) *Promissione, etc.* promissiones intelliguntur rebus sic se habentibus. *Vide Corneum cons.* 116. *in* 3. *solum.* Et hoc verbum, promissio, intelligitur per stipulationem, *consil.* 38.

sere posseduta, ma si stima averne il possesso coloro che possedono case (*f*).

IV. Del pari è settimo attributo, che la servitù non sia nei nostri beni, nè fuori di essi (*g*). Così pure è ottavo attributo, che le servitù o i diritti delle servitù non sieno sostanza, ma qualità dei fondi, e trovinsi in essi, come si suole dire che la giurisdizione è una qualità del territorio; perchè la servitù è nel fondo, a guisa di forma accidentale o come la qualità è materia. Del pari è nono attributo, che la servitù o i diritti dei fondi urbani non possano concedersi a pegno nè ad ipoteca, e la ragione trovasi nella glossa la quale spiega il motivo della differenza; ed è: perchè le servitù urbane debbono essere costituite per una certa perpetuità, onde la città non si deturpi colle rovine; imperciocchè non sarebbe conveniente che dopo che hai apposte le travi, sciolto il pegno, tu fossi forzato a cavarle. Altrimenti avviene nelle servitù dei fondi rustici, perchè ivi tale inconveniente non ha luogo. Questa ragione piace a Bartolo colà ove dice che se per avventura nelle servitù dei predii urbani vi fosse la stessa ragione che vale nelle servitù dei predii rustici, l'obbligazione sussisterebbe, come in questo esempio: Io mi obbligo verso te di non innalzare più alto, fino a tanto che il denaro che ti prestai mi sia restituito (*h*).

V. Ma che la servitù poi non possa essere locata, vedilo nel testo colla glossa e nei dottori sulla legge 1 § *inter commodatum* 1. *ff. commod.*, del che parlerò nella questione *sul modo col quale la servitù dev' essere usata* (*i*). Parimenti è decimo ed ultimo attributo delle servitù, che non si ricerca titolo nella loro prescrizione (*k*).

(*) *Promessa.* Le promesse s' intendono considerate in tal modo le cose. Vedi il Corneo cons. 116, vol. 3. E questa parola *promessa*, si piglia per istipulazione, cons. 38.

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO XII.

(*a*) Che la servitù consista non nel fare, ma nel dovere l' obbligato tollerare che altri faccia, o nel non fare, lo ho dimostrato. Ho poi indicato nell' annotazione *a* del capo VIII, che il dovere della conservazione del proprio muro in chi ha l'obbligo di tollerare sul suo il peso dell' edifizio vicino non è servitù, ma soltanto obbligazione speciale aggiunta alla servitù.

Non crederei poi essere natura di tutte le servitù prediali che vi abbia un fondo vicino a vantaggio del quale vadano. Crederei esservi invece molte servitù prediali anche tra fondi non vicini.

Per esempio: le servitù rustiche enumerate dal § 477 del Codice austriaco, quelle cioè del passaggio, di cavar acqua, di pascolare il bestiame, di tagliare legne, ecc. sul fondo altrui possono benissimo esistere anche a vantaggio di un fondo dominante lontano dal serviente.

E per l' art. 641 del Codice Napoleone un' acqua corrente che sorga nel mio fondo è mia. Ma più fondi inferiori situati uno dopo l' altro possono avere acquistato il diritto di estrarla dal mio fondo e di usarne. L' ultimo di questi fondi può essere lontano dal mio, per esempio, un miglio. In tal caso la servitù esisterebbe a vantaggio di fondo dominante non vicino al serviente.

La servitù poi è costituita sempre su una cosa o immobile o mobile per l' uso, vantaggio, comodo, in somma per l' utile di un fondo o di una persona altrui. Quell'utile comprende anche il piacere. Può essere presente e futuro.

Mancando quell' utile presente o futuro procacciato da una cosa immobile o mobile ad un fondo o ad una persona altrui, non havvi nel primo caso servitù prediale, nel secondo, pel Codice austriaco, servitù personale.

Quindi se vendo altrui una casa col patto che il compratore non eserciti in essa taluna arte, ch' esercitata invece da me mi arreca vantaggio, non havvi in tal patto costituzione di servitù. Non di servitù prediale, perchè non havvi servigio di un fondo a vantaggio di altro fondo. Non di servitù personale, perchè non esercitando il compratore quell'arte per non togliermi un vantaggio, non già la cosa sua, ma la sua persona a me serve.

Ma se il mio vicino si è obbligato a non aprire finestre nel suo muro, per cui potesse osservarmi o nelle stanze della mia casa o ad esercitar in essa la mia arte, crederei esistere più servitù prediale che altro, quando la sua obbligazione fosse reale. Sembrerebbe tendere essenzialmente la convenzione a togliere alla casa del mio vicino la libertà naturale di aprirvi finestre respicienti nella mia. L' oggetto speciale pel quale fosse proibito guardarvi, mi sembrerebbe non essenziale. In ultima analisi la casa altrui servirebbe alla mia: il predio servirebbe a vantaggio del predio. Potrebbe dirsi esservi servitù prediale.

(*b*) La cosa per noi non va come qui dice l' autore. L' art. 640 del Codice Napoleone dispone che il fondo inferiore debba ricevere l' acqua che in esso naturalmente scola dal superiore senza che lo scolo possa esserne impedito. Lo stesso vale anche pel nostro regno per l' art. 54 della legge sulle acque conservato in vigore dalla Patente di pubblicazione del Codice civile austriaco, se non anche dalla sovrana Risoluzione pubblicata colle notificazioni del Governo di Milano del 18 e del Governo di Venezia del 30 luglio 1825.

(*c*) Nel semplice fare non contrapposto al tollerare che altri faccia, come p. e. nel paga-

Digitized by Google

Qui pel Codice Napoleone si affaccia la distinzione delle servitù in apparenti e non apparenti.

Apparenti o visibili per l'art. 689 sono quelle che si manifestano con opere esteriori, come una porta, una finestra, un acquedotto.

Non apparenti od occulte sono quelle che non hanno segni visibili della loro esistenza, come la proibizione di fabbricare, o di farlo oltre ad una data altezza.

Al primo esame dell'articolo 1626 potei un istante ritenere che non manifestata all'atto della vendita una servitù prediale, il venditore, foss'essa apparente o no, fosse tenuto a garanzia. E ciò perchè quell' articolo lo dichiara obbligato a tale garanzia pei pesi non dichiarati, senza distinguere tra apparenti ed occulti; dunque anche pel peso di una servitù, sia poi apparente od occulta.

Ciò potei ritenere anche per l'art. 1638.

Esso parla specialmente e soltanto delle servitù non apparenti e non dichiarate. E ne parla unicamente per istabilire, che ove sieno di tale importanza da far presumere che il compratore dell'immobile se le avesse conosciute non lo avrebbe acquistato, il compratore, anzichè contentarsi della semplice indennizzazione, possa pretendere lo scioglimento del contratto. Questo articolo lascia intatta la regola generale dell' altro art. 1626, che sia dovuta garanzia per qualunque peso non dichiarato, quindi anche per quello di una servitù sebbene apparente non dichiarata.

Ma mi sarei ingannato.

I vecchi e nuovi giureconsulti francesi sono di diversa opinione.

Fra i vecchi il Domat ed il Pothier, fra i nuovi il Merlin ed il Pardessus ritengono dovuta garanzia per le servitù non apparenti, non dovuta per le apparenti.

Mi assoggetto a tali autorità. E lo fo volentieri. La loro opinione mi sembra del tutto fondata.

Infatti, ove esista il peso di una servitù apparente e visibile, il compratore acquistando l'immobile ha dovuto e potuto conoscerlo e regolarsi sul prezzo.

Se nol vide nè il conobbe sua n' è la colpa. E se la colpa è sua non gli è dovuta garanzia.

D'altronde gli art. 1642, 1643 fanno garante il venditore pei vizii occulti, non pegli apparenti della casa venduta. Perchè non dee dirsi lo stesso anche dei pesi?

Il Codice austriaco mi lascia poi in dubbio.

Esso non distingue fra le servitù apparenti e non apparenti.

Distingue tra difetti (vizii) e pesi della cosa. Tra i pesi deggiono annoverarsi le servitù.

Il § 923 fissa la regola che chi tace i pesi non ordinarii della cosa è responsabile se risulta il contrario, cioè deve garanzia. Non distingue fra pesi apparenti o no. La servitù è un peso straordinario, dunque taciuta essa se anche apparente sarebbe dovuta garanzia.

Sarebbe dovuta malgrado le eccezioni del § 928. Esso libera da garanzia quando i vizii (difetti) della cosa sieno evidenti. Ma altro sarebbe vizio, ed altro peso. Se quel § è applicabile nel caso di vizii, nol sarebbe nel caso di pesi, di servitù apparenti, evidenti.

Lo stesso § libera da garanzia quando il peso possa conoscersi dai pubblici libri, cioè da quei libri che per l' acquisizione di tutti i diritti reali su immobili il Codice austriaco presuppone esistenti. Presso noi quei libri non esistono. Non havvi il caso di conoscere da essi il peso delle servitù. Se questo § è applicabile là dove esistono i pubblici libri, non lo sarebbe là dove, come presso noi, non esistono.

Non applicabili le eccezioni del § 928, resterebbe la regola del § 923 che obbligherebbe a garanzia, quando fosse stata taciuta una servitù anche apparente.

A sottrarre da quest'obbligo non varrebbero nemmeno i principii del Codice austriaco sull'errore nei contratti. I §§ 871-875 combinati coll'ultima parte del § 923 parlerebbero di errore di un contraente per false asserzioni dell' altro. Nel caso di una servitù apparente e non dichiarata non havvi errore per false asserzioni, sì bene per silenzio. Dunque non sarebbero applicabili. Il § 876 parlerebbe poi dell'errore del promittente, non dell' accettante. Parlerebbe, secondo il § 861, dell'errore del venditore, non del compratore di un immobile aggravato da servitù se anco apparenti, non manifestate. Anch'esso dunque non sarebbe applicabile.

Finalmente, deciso il caso dal § 923, non si potrebbe deciderlo in contrario senso seguendo le norme del § 7 del Codice civile.

Dall'altro lato però:

Digitized by Google

Nulla havvi di più naturale e più giusto del principio che non vi sia obbligo di garanzia per una servitù che potè e dovette essere veduta, che non fu veduta dal compratore per sua negligenza, per sua colpa, che non fu nè promessa nè asserita non esistente, che fu taciuta perch'era naturalmente evidente.

Questo principio è applicato dal § 928 nel caso di difetti (vizii) evidenti.

Lo è quando la servitù, perchè inscritta nei pubblici libri, è evidente.

Se non vi ha garanzia pei vizii evidenti, sarà forse troppo arrischiato il dire che non vi debba essere nemmeno pei pesi evidenti, che in senso lato potrebbero pur chiamarsi vizii, difetti?

Se non vi ha garanzia per le servitù rese simbolicamente evidenti mediante la inscrizione, sarà forse troppo arrischiato il dire che presso noi, ove quella inscrizione non è possibile, non vi debba essere nemmeno per le servitù naturalmente, materialmente evidenti?

Voler garanzia per questi ultimi pesi non sarebbe voler spingere la legge alle estreme sue conseguenze? Non sarebbe stabilire come disse, non so qual bell' ingegno, sulla base della legge una ingiustizia? E non tocca alla giurisprudenza in tal caso addolcirne, accordarne, modificarne i principii?

Se dovessi sentenziare, direi che presso noi per servitù apparenti, evidenti e taciute, non vi dovesse essere obbligo di garanzia. E se m' ingannassi, mi sembrerebbe esistere in tal caso nella legge una lacuna.

Nè me ne maraviglierei. Il Codice civile, anche per l' acquisizione del diritto reale di servitù su cose immobili, è basato sulla esistenza dei pubblici libri. Tanto è vero che pel § 481 quel diritto si acquista soltanto colla inscrizione in essi. Le servitù solo, se inscritte, sono apparenti, evidenti. Perciò se inscritte e quindi apparenti non è dovuta per esse, pel § 918, garanzia se taciute. A libri pubblici esistenti il caso è perfettamente deciso. Non lo è a libri pubblici non esistenti. È riconosciuto da tutti che molte disposizioni del Codice civile strettamente legate alla esistenza dei pubblici libri, presso noi, ov' essi mancano, non sono applicabili. Dovrebbe anche riconoscersi che mancando quel centro intorno al quale logicamente, compiutamente si aggira l' intiero sistema dell' acquisizione dei diritti reali su immobili è impossibile, che nella legge per noi non vi sia qualche lacuna.

(*e*) Nell' annotazione *a* del capo X ho mostrato che non sempre le servitù vengono stabilite nel limite della necessità di un fondo o di una persona.

(*f*) Chi possiede il fondo dominante possiede la servitù che va a vantaggio di quello perchè essa è un diritto, ed anche pei diritti, secondo il § 312 del Codice austriaco e secondo l' art. 2228 del Codice Napoleone, havvi possesso.

(*g*) I beni sono le cose che formano il patrimonio, la facoltà, le sostanze di taluno. Ora la servitù è fra i miei beni quando stabilita sul fondo altrui a vantaggio del mio fondo io la godo. Se stabilita sul mio fondo a vantaggio altrui, è tra i beni di quegli che la gode: dunque si può dire fuori de' miei beni.

(*h*) Pel Codice Napoleone e per l' austriaco non può parlarsi di pegno (in istretto senso) della servitù prediale. Quel pegno non ha luogo che su cose mobili, ed essa è un diritto immobiliare.

Nemmeno può parlarsi di darla in anticresi. Per l' art. 2085 del Codice Napoleone l' anticresi ha luogo sui soli immobili che danno frutti, e la servitù prediale è un diritto immobiliare, non un immobile producente frutti. Pel § 1372 poi del Codice austriaco l' anticresi è proibita.

Ma una servitù prediale già costituita potrà essere data in ipoteca?

O si considera unita, o s' imagina staccata dal fondo dominante.

Se unita a quel fondo, ipotecato esso lo è anche la servitù suo accessorio. Chi acquista quel fondo acquista anche la servitù che vi è inerente e la esercita. Ipotecato il fondo serviente non lo è anche la servitù che lo aggrava, perch' essa è un diritto, non di quel fondo, ma del dominante. Il fondo serviente ha solo l' obbligo della servitù. Ipotecato esso ed acquistato da un terzo, il terzo deve soffrirla.

Se staccata dal fondo dominante, isolata, non è suscettibile d' ipoteca. La ipoteca

Digitized by Google

tende alla vendita della cosa ipotecata all' asta giudiziale, pel caso in cui non siasi adempiuta alla obbligazione a sicurezza della quale serve. Per vendere una cosa in quella via fa d' uopo che abbia valore, non per taluni soltanto, ma per tutti, perchè l'asta pubblica è accessibile a tutti. Ma una servitù prediale staccata, isolata da un fondo dominante non ha valore per tutti. Si può dire invece che non abbia alcun valore. Non può perciò essere venduta in via esecutiva. Non è dunque suscettibile d' ipoteca.

Ciò può dirsi anche di una servitù prediale non costituita ma da costituirsi in avvenire.

Io ricevo p. e. da uno a prestito per un anno 4000 lire. Gli do in ipoteca il futuro diritto di passaggio pel mio fondo, passaggio che naturalmente mi obbligo a concedere a colui che ne rimanesse deliberatario all' asta giudiziale quando non pagando io in iscadenza il mio debito il diritto ipotecato venisse venduto in via di esecuzione. Sarà valida questa ipoteca ?

A me sembra di no, perchè quel diritto di passaggio non ha valore per tutti, anzi si può dire che non abbia valore alcuno. Non è quindi suscettibile di vendita all' asta pubblica e non può essere ipotecato. Vorrei infatti sapere qual valore potesse essere attribuito nella stima esecutiva ad un diritto di passaggio che non si sa ancora a chi debba recare profitto.

La obbligazione poi di accordare in futuro il passaggio pel mio fondo a chi ne rimanesse deliberatario all' asta giudiziale, non sarebbe veramente e sempre obbligazione di servitù prediale. Questa servitù suppone necessariamente un fondo dominante ed un serviente. Al momento della obbligazione mancherebbe ogni fondo dominante : non vi sarebbe quindi servitù prediale. Potrebbe non esservi anche in futuro, perchè il diritto di passaggio potrebbe venir aggiudicato in via esecutiva a chi non avesse fondi cui recar potesse utilità, quando in conseguenza non vi fosse il suddetto fondo dominante. In ambi i casi non vi sarebbe servitù prediale.

(i) Mi sembra più facile dire che provare che nessuna servitù prediale possa essere *locata*.

Le disposizioni e le convenzioni tra i privati non derogano alle leggi che interessano l' ordine pubblico. Ma ponno derogare a quelle di puro interesse privato. Ove trattisi soltanto *di questo* ultimo interesse, valgono prima di tutto le disposizioni e convenzioni *private*. *Solo* quando queste non proveggano subentra la legge colle sue determinazioni.

Ora specialmente per le servitù costituite per fatto degli uomini qual pubblico interesse o riguardo è leso, ove le parti stabiliscano e dispongano che sia permesso all'avente diritto locarne l' esercizio, quando per la natura di esse sia possibile farlo ? Convengo che *p. e. locati* essere non possano i diritti d' imporre il peso dell' edifizio proprio sull'altrui, *d' immettere* una trave od un travicello nell'altrui muro e tutte quelle altre servitù, l' esercizio delle quali è possibile soltanto tra i fondi dominante e serviente, e quindi fra i soli loro proprietarii. Ed in ciò convengo perchè la natura di esse si oppone affatto ad ogni locazione. Ma perchè, consenzienti quei proprietarii, non potrà essere locato l' esercizio dei diritti di passaggio, di cavar acqua, di tagliare legne, di cacciare, ecc. sul terreno altrui, e di tutte quelle altre servitù, esercitare le quali è per natura di esse possibile anche ad un terzo in luogo, vece e stato del proprietario del fondo dominante ? Costituite per volontà delle parti, secondo quella volontà si regolano se anche non conforme alla legge.

Per questo, l' art. 686 del Codice Napoleone ha determinato che il titolo il quale costituisce quelle servitù ch' è permesso ai proprietarii stabilire sui loro fondi od a benefizio di essi, ne regoli l' esercizio e la estensione, e che solo, mancando il titolo, subentri la legge a regolarle. Per questo anche il § 485 del Codice austriaco, determinando che nessuna servitù possa arbitrariamente trasferirsi ad altra cosa o persona, ha determinato che il trasferimento, quando non sia arbitrario, possa aver luogo. La servitù non può essere

Digitized by Google

natura ad una servitù, e che non veggo perchè quell'accordo, quando all'ordine pubblico non si opponga, non debba valere. Rispondo poi che in questo caso la servitù non cessa veramente di essere servitù. Esercitata da un conduttore, se non va materialmente a vantaggio del fondo dominante rappresentato dal suo proprietario, vi va almeno virtualmente andando a vantaggio del suddetto proprietario il fitto che dev' essere pagato. Esercitata poi da un conduttore in luogo, vece e stato del proprietario del fondo dominante, è questo proprietario quello che la esercita in faccia al proprietario del fondo serviente. Infatti il conduttore rappresenta quel proprietario, esercita i diritti di esso, non ha azione se non in nome di esso. Rispondo finalmente, che non bisogna spiegare ed applicare le leggi in modo che ne vengano assurdi. Il proprietario p. e. di un fondo dominante che ha la servitù attiva della caccia su un fondo altrui può vendere ad altri il selvaggiume che ha cacciato ei stesso dopo averlo preso. E non potrà venderlo prima di prenderlo, locando ad altri l' esercizio della caccia che gli spetta, locchè in sostanza mi pare lo stesso? Non potrebbe per avventura dirsi essere questo un assurdo?

(*k*) Sulla non necessità del titolo per la prescrizione delle servitù veggasi l' annotazione *d* al Capo II.

Digitized by Google

CAPUT XIII.

IN QUO CONSISTAT SERVITUS SEU JUS SERVITUTIBUS.

I. *Si lego fundum tuum servientem, liberationem legare non videor.* — II. *Servitus ex parte fundi servientis in patientia est.*

Secundo principaliter videamus, in quo consistat servitus (*). *Et videtur, quod consistat in fundo* (1); *tenet contrarium* Bart.: *ibi dicit, et ista est veritas, quod servitus in fundo dominante est jus: ei enim debetur ista servitus, et in eo ex hoc aliquid plus ponitur* (2). *Sed in fundo serviente non est jus positum publicum, sed privatum: quia per hoc illi fundo et juri detrahitur* (3), *et ideo dicit Bart.* (4).

I. *Quod si lego fundum tuum servientem, non videor legare liberationem: quia in eo nullum jus habeo, quod ponat aliquid in esse: sed illud jus est in fundo meo dominante, quod tibi non lego, quod notandum. Et adde quae dixi in definitione realis vel praedialis servitutis.*

II. *Ac etiam addas, quod servitus ex parte fundi servientis est in patientia* (5), *ut dixi supra in prima et tertia natura servitutum, sicque colligitur optime in quo constet ipsa servitus, seu jus servitutis.*

(1) *Ut l. eorum, ff. de damn. infect. et l. in noxalib. ff. de noxalibus, et ita tenet Jacob. de Aret. sed gloss. in l. Maevius, § fundo, de legat. 2.*
(2) *Ut l. 31. § fin. ff. de negot. gest.*

CAPO XIII.

IN CHE COSA CONSISTA LA SERVITÙ O IL DIRITTO DI SERVITÙ.

I. Se lascio in legato il tuo fondo serviente, non sembra ch' io leghi la liberazione di esso. — II. Dalla parte del fondo serviente, la servitù sta nella pazienza.

Vediamo principalmente in secondo luogo in che consista la servitù (*). E sembra che consista nel fondo. Bartolo tiene contrario parere, e dice (e questa è verità) che la servitù nel fondo dominante è diritto; imperciocchè ad esso è dovuta la servitù, ed egli perciò acquista qualche cosa di più. Ma nel fondo serviente non è riposto un pubblico diritto, sì un privato, dacchè per esso si detrae ed al fondo ed al diritto (*a*).

I. E per ciò dice Bartolo che s' io lego il tuo fondo serviente, non puossi presumere ch' io leghi la sua liberazione; perchè non ho alcun diritto sovr' esso che dia esistenza a qualche cosa; ma il diritto è nel mio fondo dominante, il quale non ti lego; locchè è a notarsi (*b*). Ed aggiugni ciò che ho detto nella definizione della servitù reale o prediale.

II. Ed arrogi eziandio che riguardo al fondo serviente la servitù sta nella pazienza, come dissi di sopra nel primo e terzo attributo delle servitù; ed in questo modo si comprende ottimamente in che cosa consista la servitù o il diritto di servitù.

(3) *Ut l. stipulatio ista, § 1. de verb. obligat. et l. arbor. § final. ff. commun. dividun.*
(4) *In d. § fundo, in fin.*
(5) *Ut l. quoties, 15. § 1. de servit. et l. si ego, 11. § 1. de Public. et l. fin. de serv. urban. praed.*

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO XIII.

(*a*) In poche parole, la servitù prediale è pel fondo dominante un diritto al quale corrisponde un obbligo del fondo serviente.

(*b*) Se lego semplicemente un fondo altrui sul quale soltanto ho a favore del mio fondo un diritto di servitù, non libero da essa quel fondo. Lego la cosa altrui, e se legandola non la libero anche dall' obbligo di soffrire la servitù, quell' obbligo non mi par tolto.

Noto però che per l' art. 1021 del Codice Napoleone, il legato della cosa altrui è in qualunque caso nullo. Perciò sembrami non potere per quella legge aver luogo la quistione della liberazione dalla servitù.

Pel § 662 del Codice austriaco il legato della cosa altrui è nullo quando essa non appartenga nè al testatore, nè al suo erede, nè ad un suo legatario. Anche in questo caso sembrami che non potesse aver luogo quella quistione.

Ma se il fondo altrui da me legato appartiene al mio erede o ad un mio legatario, parmi allora che il legato sarebbe valido, perchè avrei loro dato o espressamente o tacitamente l' incarico di cedere quel fondo al terzo cui lo avessi lasciato. In tal caso però, ove altro non avessi detto, il fondo sarebbe lasciato a quel terzo quale esiste, vale a dire aggravato della servitù a vantaggio di altro mio fondo. Essa, tranne il caso di una consolidazione qualunque a senso del § 526, sussisterebbe a favore dell' erede o del legatario cui fosse pervenuto il mio fondo avente il diritto, incaricati di cedere il loro fondo avente l'obbligo di essa a quel terzo legatario, che dovrebbe sopportarla.

Digitized by Google

CAPUT XIV.

QUI POSSIT CONSTITUERE SERVITUTES REALES.

I. *Dominus qui non est verus, sed quasi sicut est bona fidei emptor, an praedio alieno per ipsum bona fide empto, servitutem imponere valeat.* — II. *Dominium qui utile habet, sicut est emphyteuta, vel livellarius, an servitutem imponere possit.* — III. *Vasallus qui utile dominium in fundo habet, an hujusmodi fundo feudali servitutem imponere valeat.* — IV. *Superficiarius, an fundo superficiario servitutem imponere possit.* — V. *Dominus directus, an fundo suo servitutem imponere valeat.* — VI. *Haeres rei legatae an servitutem imponere possit.* — VII. *Dominus fundi, qui ipsum alteri aut fisco obligavit: puta, si pecunia certo tempore soluta non sit, et vendi valeat, an possit servitutem ipse imponere.* — VIII. *Dominus fundi, in quo alius usumfructum habet, an illi fundo servitutem imponere possit.* — IX. *Fundo suo an quispiam servitutem imponere valeat, in quo alius habet servitutem realem, in ipsius tamen praejudicium.* — X. *Maritus an fundo dotali servitutem imponere valeat.* — XI. *Usufructuarius an fundo, in quo usumfructum habet, servitutem imponere possit.* — XII. *Jus inferendi in sepulchrum qui habet, an sepulchro servitutem imponere valeat.* — XIII. *Dominus qui adhuc non est, vel quasi, sed de proximo, vel continuo futurus est, an servitutem imponere possit.* — XIV. *et* XV. *Imperator, seu Princeps, vel Senatus privato concedere potest; per viam publicam aquam ducere, sine tamen vicinorum incommodo.* — XVI. *Servitutem habens alteri eam concedere non potest, nisi hoc ei permissum fuerit.* — XVII. *Si concessisti aquam Titio, quae in fundo tuo oritur, ut eam ad fundum ducere possit, an posses eandem mihi concedere valeas.* — XVIII. *Princeps in mari servitutem imponere potest.*

CAPO XIV.

CHI POSSA COSTITUIRE SERVITÙ REALI.

I. Se quegli che non è vero padrone, ma quasi padrone, com' è il compratore di buona fede, possa imporre validamente servitù al fondo altrui, da lui comperato in buona fede. — II. Se chi ha l' utile dominio, come l' enfiteuta o il livellario, possa imporre servitù. — III. Se il vassallo che ha l' utile dominio del fondo possa imporre servitù al fondo feudale. — IV. Se il superficiario possa imporre servitù al fondo superficiario. — V. Se il signore diretto possa gravare di servitù il suo fondo. — VI. Se l' erede possa imporre servitù alla cosa legata. — VII. Se il proprietario che obbligò il suo fondo ad un altro od al fisco, per esempio, sotto condizione ch' esso possa esser venduto qualora ad un certo tempo il denaro non sia pagato, abbia facoltà d' imporre servitù allo stesso fondo. — VIII. Se il padrone del fondo sul quale un altro ha il diritto d' usufrutto, possa gravar lo stesso di servitù. — IX. Se alcuno possa imporre servitù al suo fondo, sul quale un altro possede una servitù reale, in pregiudizio di questi. — X. Se il marito possa imporre servitù al fondo dotale. — XI. Se l' usufruttuario possa gravare di servitù il fondo del quale ha l'usufrutto. — XII. Se chi ha il diritto di seppellire in un dato sepolcro possa imporre servitù allo stesso. — XIII. Se quegli che non è ancora padrone, o quasi padrone, ma che lo sarà tra breve o subito, possa imporre servitù. — XIV e XV. L' imperatore, o il principe, o il senato può concedere al privato di condurre l' acqua per la strada pubblica, purchè ciò avvenga senza danno dei vicini. — XVI. Chi ha la servitù non può concederla ad un altro, se ciò non gli sia stato permesso. — XVII. Se quando hai concesso a Tizio, che possa condurre al suo fondo quell'acqua che nasce nel tuo predio, tu abbia facoltà di concederla a me pure. — XVIII. Il principe può imporre servitù sul mare.

Digitized by Google

qui habet praedia (1). *Et quod dixi de domino, intellige de illo, qui est verus dominus praedii et pleno jure.*

I. *Sed quid si non est verus dominus, sed quasi dominus, sicut est bonae fidei emptor, an iste poterit imponere servitutem praedio alieno per ipsum empto bona fide? Sed quid si non esset vere publiciana? et sic esset quasi dominus* (2), *tunc bene posset imponere servitutem* (3).

II. *Item, quid de illo, qui habet utile dominium, sicut est emphyteuta vel livellarius* (4), *et dicitur etiam quasi dominus* (5), *an possit imponere servitutem emphyteutico? Et videtur quod non, quia emphyteuta non potest alienare sine consensu directi domini* (6), *ergo nec servitutes imponere, quia continetur sub verbo alienatio* (7). *Contrarium scilicet ut possit, est text. cum gloss. in* l. 3. de servit., *et ibi hoc tenent Dd. et maxime Flor. et Paul. de Castr., idem tenet Dyn.* (8), *et Azo* (9) *et Bart.* (10) *et idem tenet Bal.* (11). *Idem tenet Guid. et Dd.* (12). *Et facit quod proxime dicam de vasallo et superficiario: quod intellige durante emphyteusi, seu livello. Sed finita emphyteusi, quia revertitur ad dominum directum, et consolidatur cum proprietate, tunc finitur etiam servitus* (13). *Et per hanc rationem resoluto jure feudum concedentis, resolvitur jus receptoris seu recipientis* (14), *quod est notandum, quia quotidie hoc contingit.*

III. *Item quid de vasallo qui etiam dicitur habere utile dominium in fundo* (15),

rustico fuor di quegli che n' è padrone. E ciò ch' io disei intorno al padrone, intendi riferirsi pure a quello ch' è vero proprietario del fondo e di pieno diritto (*a*).

I. Ma che avverrà se non trattisi del vero padrone del fondo, ma del quasi padrone, come p. e. del compratore di buona fede? Potrà questi imporre servitù al fondo altrui comperato da esso in buona fede? E se non avesse veramente luogo la *Publiciana?* vi sarebbe allora un quasi proprietario e questi potrebbe ben imporre la servitù (*b*).

II. Parimenti che dirassi di quegli che possiede l' utile dominio, com' è l' enfiteuta od il livellario, che si appella quasi padrone? potrà egli gravare di servitù il fondo enfiteutico? Sembra che no, perchè l'enfiteuta non può alienare senza consenso del signore diretto; dunque neppur può imporre servitù, dacchè queste sono comprese nella parola alienazione. Però il testo della legge 3 *de servit.* insieme alla glossa addita il contrario, cioè ch' egli possa: e questa opinione è seguita dai dottori, e specialmente dal Fiorentino e da Paolo Castrense. Lo stesso opinano Dino ed Azzone e Bartolo e Guido ed i dottori. Ciò m'induce a parlare qui appresso del vassallo e del superficiario; ed intendi che può essere imposta la servitù e durare finchè dura l' enfiteusi od il livello; ma finita l' enfiteusi, poichè il dominio utile ritorna al diretto e si consolida colla proprietà, anche la servitù allora si spegne. E per questa ragione, risoluto il diritto di chi concede il feudo, si risolve anche il diritto di chi lo riceve o dell'accettante; locchè dee notarsi, perchè è caso che si avvera quotidianamente.

III. Del pari, che è da dirsi intorno al vassallo, che pur si dice avere l'utile do-

(1) *Text. est in l. 1. § 1. ff. commun. praed. et Institut. de servit. § inter rusticorum, versicul. ideo autem.*

(2) *Ut Inst. de act. § sed et istae, et in c. Abbate sane, de re jud. in 6.*

(3) *Ut est casus in l. si ab eo. 18. ff. de pignor. et idem tenet Azo, in summa, Cod. de servit. § constituit autem has serv. et habetur in leg. si ego, § 1. de Public.*

(10) *In l. 1. § fin. de superfic.*

(11) *In c. 1. § quid ergo, in tit. de investit. de reb. alien. fac. in usib. feud.*

(12) *In l. et in provincialib. C. de servit.*

(13) *Ut probatur in d. c. 1. § quid ergo, de invest. de rebus alien. fac. et ibi hoc not. Bald. et Jac. de Alva. et not. Bart. in l. 1. § fin. de superfic. et probatur in l. is cui 11. § 1. Digest. quemadm. servitus amit. et ibi hoc not. tenet. Flor. et idem tenent Bald.*

Digitized by Google

an ipse possit ponere servitutem in fundo feudali? *Videtur quod sic: ut est casus in* d. c. 1. ver. quid ergo, *quod vult, quod durante fundo, duret servitutis impositio: sed eo finito finiatur servitus imposita, prout dixi in emphyteuta seu livellario, et ibi tenent Bald. et Jac. de Alvar. et idem tenent Dd.* (1).

IV. *Item quid de superficiario, qui habet utile dominium?* (2) *et inducitur quasi dominus* (3), *et videtur, quod servitus fundo superficiario imponi non possit: quia superficiarius dicitur habere quamdam servitutem in solo* (4), *sed servitus servitutis esse non potest* (5). *Tu autem dicas contrarium, scilicet quod possit imponere servitutem* (6). *Nec est verum, quod superficiarius habeat servitutem* (7), *sed habet utile dominium, quod est contrarium servituti: nam res mea non potest mihi servire* (8). *Nec obstat,* d. l. si tibi homo § fin. *cum dicit de servitute, intelligitur improprie. Vel dic secundum Paul. de Castr. et melius, quod esse superficiarius, habeat servitutem et utile dominium. Nam si habeo superficiem in solo tuo, illud tuum solum dicitur servire superficiei meae, in quantum habet hoc opus, quod teneatur eam sustinere, et ita loquitur text.* (9). *Sed si consideramus ipsam superficiem, quae non est servitus, sed potius praedium dominans solo tuo, dum illud tenetur eam sustinere huic praedio, quod in superficie bene posset servitutem imponere, et non erit servitus servitutis, et ita loquitur text.* (10). *Et quod dixi, superficiarium posse imponere servitutem superficiei, intelligitur, durante superficie: sed ea finita finitur servitus* (11). *Item quod dictum est, de emphyteuta, vasallo et superficiario, dicas etiam idem in quocumque alio habente dominium utile, ut notat Bart.* (12).

minio sul fondo? potrà egli gravare di servitù il fondo feudale? Sembra che sì, com'è il caso nell' allegato § 1 vers. *quid ergo*, il quale vuole che finchè dura il feudo duri l'imposizione della servitù; ma cessato quello, essa pure sparisca, siccome dissi dove parlai dell' enfiteuta o livellario, e così opinano Baldo e Giacomo degli Alvarotti ed i dottori.

IV. Che si dirà poi del superficiario, il quale ha l' utile dominio? Egli si reputa quasi padrone; e tuttavia sembra che il fondo superficiario non si possa gravare di servitù; avvegnachè si dica che il superficiario ha una certa servitù nel suolo e non possa esservi servitù di servitù. Tu però dirai, all' opposto, cioè che possa imporla. Imperciocchè non è vero che il superficiario abbia una servitù, ma invece ha l' utile dominio, ch' è il contrario di quella, dacchè la casa mia non può servire a me stesso. Ned osta a ciò la legge suddetta *si tibi homo* § *fin.*, perchè quanto dice intorno alla servitù viene inteso malamente. Oppure di', secondo Paolo Castrense e meglio, che il superficiario ha la servitù e l'utile dominio. Conciossiachè se io possedo la superficie del tuo suolo, questo sì dice servire alla mia superficie in quanto ha il peso di essere obbligato a sostenerla, e così parla il testo. Ma se consideriamo che la stessa superficie non è servitù, ma piuttosto un predio che domina il tuo suolo, mentre questo è stimato sostenerla pel tuo fondo, dee conchiudersi che si può bene imporre servitù alla superficie, e non sarà servitù di servitù, come parla il testo. E quanto io dissi sopra, cioè che il superficiario può imporre servitù alla superficie, s' intenda: finchè duri la superficie; ma tolta questa, la servitù sia finita. Del pari ciò che fu detto dell' enfiteuta, del vassallo e del superficiario, tu dirai eziandio di qualunque altro che abbia l' utile dominio, come nota Bartolo.

princ. et est gloss. 3 extr. in cum Bertoldus de re jud. et habetur per Bald. in l. unica in 6. chart. C. de confess. et in l. 1. in ult. col. C. si plur. una sentent.

(1) *In l. et in provincialib. C. de serv. et in l. 3.*

(6) *Ut est text. in l. 3. ff. de serv. et ibi hoc tenet gloss. et Dd. et idem hoc tenet Azo in summa, C. de servit. § constituitur, et Barthol. in l. 1. § fin. de superfic. et Nicol. de Ma. et Iac. de Alva. in d. c. 1. § quod ergo. in tit. de invest. de re alien. fact.*

Digitized by Google

V. *Item quid de domino directo, an posset servitutem imponere suo fundo? Dic si est dominus directus pleno jure, ita quod nullus habeat utile dominium, et tunc sive imponat ipsi solo sive aedificio, valet ipsa servitus imposita* (1), *et dixi supra circa prin. hujus tertiae quaest. principalis, et afficit solum sicut aedificium, et ideo destructo aedificio durat in solo, et refecto aedificio reintegratur in eo* (2). *Sed si quis est dominus tantum directus, et alius utilis, qui habeat utile dominium, sicut est emphyteuta seu feudatarius, et superficiarius*, ut dixi in quaest. praecedentibus, *et sic non posset imponere servitutem, qui habet directum dominium in praejudicium habentis utile, et ita intelligo* d. l. 3. de servitut. *et ita vult Paul. de Castr., et ad hoc vide quod dicam de usufructuario.*

VI. *Item quid de haerede, qui etiam dicitur dominus* (3), *an possit imponere servitutem rei legatae alicui sub conditione? Et dic, quod sic: sed adveniente conditione extinguitur servitus* (4).

VII. *Item quid de domino fundi, qui ipsum obligavit alteri aut fisco: puta si pecunia non sit soluta certo tempore, et possit vendi, an interim dominus possit imponere servitutem? Dic, quod sic* (5), *et idem dicas in quolibet, qui rem alicui debet ex contractu aliquo, ut antequam tradat, possit servitutem imponere* (6), *quod semper intellige, scilicet servitutem durare, donec durat dominium imponentis, et non ultra. Quod dixi dominum posse imponere servitutem fundo, intelligè quando est unus dominus tantum fundi. Nam si essent plures, deberent omnes consentire in imponenda servitute: alias unus tantum non posset imponere* (7). *Sed si unus servitutem concederet, sine aliis, non teneret ipsius concessio jure servitutis, tamen ipse concedens non posset prohibere eum, cui concessit uti iure concesso. Si*

V. Che si dirà poi del signore diretto? potrà egli imporre servitù al suo fondo? Rispondi: se è signore diretto di gius pieno, in guisa che nessuno abbia l' utile dominio, allora sia che imponga la servitù allo stesso suolo, sia che l' imponga all' edificio, la servitù imposta è valida (come dissi più sopra nel principio di questa terza quistione principale) ed aggrava così il suolo come l' edifizio; e perciò, distrutto questo, sussiste nel suolo, e rifatto l'edificio, in esso si rinnuova. Ma se alcuno è soltanto signore diretto, mentre un altro è utile, a guisa dell'enfiteuta, del vassallo, o del superficiario, come dissi nelle antecedenti quistioni; allora chi ha il diretto dominio non può imporre servitù a danno di colui che possiede l'utile. In questo modo io intendo la detta legge 3 *de servit.*, e così vuole anche Paolo di Castro. Intorno a ciò vedi poi quanto dirò circa l'usufruttuario (*c*).

VI. Del pari, si dirà forse che l'erede il quale eziandio è chiamato padrone, possa imporre servitù alla cosa condizionatamente legata ad un terzo? Rispondi che sì; ma coll'avveramento della condizione la servitù si estingue (*d*).

VII. Parimenti che si dirà di quel proprietario che obbligò il suo fondo ad un terzo od al fisco, per es., col patto che se il danaro non sia sborsato entro un certo tempo, quello possa andare venduto? In questo frattempo il padrone può gravarlo di servitù? Rispondi che sì, e di' pure così di chiunque per alcun contratto debba una cosa ad un altro; cioè, che prima che la consegni possa gravarla di servitù; il che sempre intendi a questo modo: durare la servitù finchè dura il dominio di chi la impone e non già più oltre (*e*). Quando io dissi il padrone poter imporre servitù al fondo, intendi: allorchè v' ha un solo padrone di quello; perchè se fossero parecchi, dovrebbe intervenire il consenso di tutti per imporre la servitù; altrimenti uno solo di essi non avrebbe tal facoltà. Che se un solo comproprietario concedesse

Digitized by Google

poribus *concesserunt, vel ratificaverunt etiam singulariter, et de per se, tunc confirmatur prima concessio per novissimam, et trahuntur primae concessiones, vel prima concessio ad tempus ultimae concessionis, perindeque sit ac si omnes tunc concederent. Et ideo si tempore ultimae concessionis non esset possibile primos concedere posse, vel quia defuncti sunt,* vel quia *partes praedii alienaverunt, pendebit haec ultima concessio donec illi qui successerunt in locum prioris vel novi socii concedant servitutem, et haec probantur* (l).

diritto di servitù, ma nondimeno il concedente non potrebbe vietare al concessionario di usare il diritto trasmessogli. Se poi uno dei comproprietarii concesse dapprima la servitù, indi un altro o gli altri in diversi tempi la accordarono, oppure la ratificarono, anche singolarmente di per sè, allora la prima concessione è confermata dalla più recente, e si traggono le concessioni anteriori, o la prima, al tempo dell' ultima, nella stessa guisa come se tutti contemporaneamente la concedessero. E perciò se al tempo dell' ultima concessione i primi non potessero più intervenire, o perchè morti, o perchè alienate alcune parti del fondo, quest' ultima concessione penderà fino a tanto che i successori degli antichi, od i nuovi socii, concedano la servitù; e queste cose sono provate da' testi (*f*).

VIII. *Item quid in domino fundi in quo alius habet usumfructum, an dominus possit illi fundo servitutem imponere? Dicas quod non, etiam consentiente usufructuario, nisi sit talis servitus, per quam conditio usufructuarii deterior non fiat* (2).

VIII. Che si dirà poi del padrone di quel fondo del quale un altro ha l' usufrutto? potrà egli imporre servitù a quel fondo? Rispondi che no, ancora che vi acconsenta l' usufruttuario, tranne il caso che sia tale servitù per la quale non diventi peggiore la condizione dello stesso usufruttuario.

IX. *An possit imponere servitutem fundo suo in praejudicium habentis aliam servitutem realem? dicas quod non* (3). *Potest tamen dominus acquirere servitutem fundo fructuario* (4), *sicut etiam dixi supra de fundo feudatario, et adde quod dicam infra versic. quid de usufructuario.*

IX. Può alcuno imporre al suo fondo una servitù in pregiudizio di chi ha un'altra servitù reale sullo stesso? Rispondi di no. Nondimeno il padrone può acquistar servitù al fondo fruttuario, come dissi antecedentemente intorno al fondo feudale, ed aggiungivi ciò che poscia dirò nel versetto: *Che si dirà dell' usufruttuario* (*g*)?

X. *Item, quid de marito* (*), *an possit imponere servitutem fundo dotali? Et videtur quod sic, quia est dominus illius fundi* (5) *contra est, in l.* Iulianus, *cum l. seq.* de fund. dot. *Ratio est, quia non habet liberum dominium, ut not. Bald.* (6), *quod intelligo de fundo dotali inaestimato: quia ille reputatur esse uxoris* (7), *secus si esset aestimatus tali aestimatione, qua emptionem faceret* (8), *quod in dubio praesumitur* (9).

X. Del pari, il marito (*) può forse gravare di servitù il fondo dotale? Sembra che sì, perchè è proprietario di quel fondo; benchè altrimenti disponga la legge *Iulianus* colle seguenti *de fund. dot.* E la ragione è questa: che non ha il libero dominio, come nota Baldo; lo che intendo rispetto al fondo dotale non estimato, perchè allora si reputa appartenere alla moglie; non così però se il fondo fosse apprezzato con tale stima per la quale si facesse una compera, la qual cosa nel dubbio si presume (*h*).

XI. *Item quid de usufructuario* (**) *an*

XI. Del pari che dirassi dell' usufrut-

Digitized by Google

durante usufructu: quia ususfructus est pars dominii fundi, sicut est vasallus et superficiarius. Dicas contrarium, quia minor est dominus, quam maritus rei dotalis, et maritus non potest, ut dixi, ergo, etc.; *item quia usufructuarius meliorem conditionem facere potest, sed non deteriorem* (1).

usufrutto? E credo che sì, finchè dura l'usufrutto, perchè questo è una parte di dominio del fondo: quindi egli è in condizione eguale a quella del vassallo e del superficiario. Dirai il contrario perchè è padrone più limitato che non sia il marito rispetto alla cosa dotale, come dissi; dunque ec., ed eziandio perchè l'usufruttuario può bensì migliorare la condizione del fondo, ma non mai peggiorarla.

XII. *Item an ille qui habet jus inferendi in sepulchrum possit imponere servitutem sepulchro? Dic quod non* (2).

XII. Del pari colui che ha diritto di seppellire in un sepolcro potrà imporre a questo una servitù? Rispondi che no.

XIII. *Item quid de eo qui non est adhuc dominus, vel quasi, sed proxime vel continuo est futurus dominus: an possit imponere servitutem, ut in hoc exemplo, emo a te praedium vel ex alio titulo accipio, et in exceptione vel traditione impono ei servitutem ad aliud praedium tuum quod retines, an possim? Et dicas quod sic* (3). *Pro hoc facit, quia quod proxime faciendum est, habetur pro jam facto* (4). *Et quod dixi de emptore, intellige de quocumque acquirente jus, quod sibi deberetur, posse servitutem imponere, sicut est livellarius, et vasallus, et similes, secundum ea quae supra dicta sunt.*

XIII. Parimenti che si dirà di quello che non è ancora padrone o quasi padrone, ma fra breve o subito lo diventerà? potrà egli imporre servitù, come in questo caso: compro da te un fondo o lo ricevo per altro titolo, e nell' accettazione o tradizione impongo ad esso una servitù verso altro fondo che tu detieni: lo potrò io? Rispondi affermativamente. Vale a sostegno di tale sentenza, che ciò che dee farsi fra breve si reputa per già fatto. E quanto io dissi circa il compratore, estendi a tutti che acquistano un diritto loro dovuto, i quali possono imporre servitù, come sarebbero il livellario, il vassallo e simili, giusta quello che sopra fu esposto (*i*).

XIV. *Item imperator, seu princeps potest concedere* (***) *privato aquam ducere per viam publicam sine incommodo vicinorum* (5).

XIV. Così pure l'imperatore od il principe può concedere al privato (***) che conduca l'acqua per la via pubblica senza incomodo de' vicini.

XV. *Item senatus potest* (6) *et intelligitur sine maximo aut magno incommodo* (7). *Privatus autem in flumine publico, vel in aliqua alia aqua publica ad publicum usum destinata, non potest concedere servitutem, puta aquam per totam tollendam ex flumine, vel hauriendam, nec servitutem castello imponere, et si fiat talis concessio, vel impositio, non tenet jure servitutis: sed ille cui facta est talis concessio, vel impositio, tuendus est in jure suo, quod possidet contra eum, qui concessit* (8), *et castellum est receptatio publica* (9).

XV. Tale facoltà spetta anche al senato, e s' intende sempre: purchè non arrechi grandissima o grande incomodità. Il privato poi non può concedere servitù sul fiume pubblico o sopra qualunque altra pubblica acqua destinata all'uso di tutti, p. e. quella di torre tutta l' acqua dal fiume, o di attingervela, nè può imporre servitù al serbatoio di essa; e se tale concessione od imposizione addiviene, non vale secondo il gius di servitù. Il concessionario però dev' esser guarentito nel suo diritto, perchè rispetto al concedente è possessore. Castello poi è un pubblico serbatoio.

XVI. *Item ille qui habet servitutem,*

XVI. Parimenti quegli che ha una ser-

(1) *Text. est in l. aequissimum, § fin. ff. de usufr.*

(6) *Ut l. 2. in princ. ne quid in flu. publ. et not. gloss. in d. § publico.*

Digitized by Google

alteri eam concedere non potest, nisi hoc esset ei permissum: quia non potest esse servitus servitutis (1), *si tamen quis habeat servitutem aquaeductus, et aqua postquam ingressa est fundum meum, velim alii concedere, possum, nisi noceam fundo servienti* (2), *et hoc tenet Azo* (3), *idem tenet gloss.* (4). *Et praedicta intellige de constitutione, quae imponit servitutem. Personaliter autem quilibet, qui non habet praedium, potest se obligare pro servitute praestanda* (5).

XVII. *Sed quid, si aquam quae oritur in fundo tuo, concessisti Titio, ut possit eam ducere ad fundum suum, an possis postea etiam mihi concedere? Et gloss.* (6) *dicit, quod sic, si tamen abundat, quod utrique sufficiat* (7), *ita fuit determinatum Bononiae inter fratres praedicatores, quibus primo communitas concesserat aquam, et minores, quibus secundo concessit, quia fuit judicatum et valere secundam concessionem, ex quo non derogabat priori* (8).

XVIII. *Ultimo not. quod princeps in mari potest ponere servitutem* (9).

(1) L. 1. *de usufruct. leg.*
(2) Text. *est cum gloss. in l. ex meo, de serv. rust. pred.* in l. 1. § *illud Labeo de aqua quotid. et aestiva.*
(3) *In summa C. de serv.* § *constit. in fin.*
(4) *Fin. ante finem, in l. cum essent* § 1. *de serv. rust. pred. et in dictis jurib. de hoc not. in l. praeses C. de serv. et aqua.*

(*) *Marito, etc.* Adde Corn. *cons.* 170. *in* 4. *vol.*
(**) *Usufruct.* Adde Corn. *consil.* 188. *in* 3. *vol.* et an usufructuarius teneatur tributa solvere, datia, et similia, vide Alex. *cons.* 4. *in ult. colum. in* 5. *vol.*

(***) *Concedere.* Quando aliquid alicui conceditur, licet ad aliquem usum, an censeatur concessa proprietas, vide Corn. *cons.* 195. *incip. videtur, in* 4. *vol.*

vità, non può cederla ad altri, se non ne abbia permesso, perchè non può esservi servitù di servitù; nondimeno se alcuno abbia la servitù di acquedotto, ed io voglia concedere altrui l' acqua dopochè entrò nel mio fondo, lo posso fare, purchè non nuoca al predio serviente; e questa è opinione di Azzone e della glossa. Le predette cose devono riferirsi alla costituzione delle servitù; chiunque poi non possieda fondi, può obbligarsi personalmente per la servitù da prestarsi.

XVII. Ma se tu hai concesso a Tizio che possa condurre al suo fondo l' acqua che nasce nel tuo predio, potrai poscia concedere la stess'acqua anche a me? La glossa dice che sì, se però ella abbondi in guisa che basti ad amendue. Così fu deciso a Bologna in una lite insorta tra i frati predicatori, ai quali il comune avea primamente concessa l'acqua, ed i frati minori, ai quali l'avea concessa di poi; imperciocchè fu giudicato esser valida la seconda concessione dacchè non derogava alla prima (*k*).

XVIII. Da ultimo ricorda che il principe può imporre servitù sul mare (*l*).

(5) *FF. fam. ercisc. l. haered.* § *an ea.*
(6) *In d. l. praeses.*
(7) *L. Lucio, de aqua quot. et aest.*
(8) *Ut not. Dd. in d. l. praeses.*
(9) *Ut est text. juneta gloss. in l. venditor, in princ. Cod. commun. praed. de quo vide omnino quae dicam in* 5. 9. *principali.*

(*) *Marito, ec.* Aggiungi Corneo cons. 170, vol. 4.
(**) *Usufruttuario ec.* Aggiungi Corneo cons. 188, vol. 2: e se l' usufruttuario sia obbligato a pagare i tributi, i dazi e simili contribuzioni, vedi Alessandro cons. 4. ult. col. vol. 5.
(***) *Concedere.* Se si reputi concessa la proprietà allorquando si concede alcuna cosa a taluno sebbene per qualche uso, vedi Corneo cons. 195, che principia *videtur*, vol. 4.

ANNOTAZIONI AL CAPO XIV.

(*a*) La servitù emana dal diritto di proprietà. Per essa il proprietario distacca dalla cosa sua alcuni diritti. Ne dispone a favore altrui pel fine che su quella cosa cada l' obbligo di tollerare o di non fare ciò che altrimenti potrebbe esservi fatto o non dovrebbe esservi tollerato.

Se la servitù emana dal diritto di proprietà, in regola il solo proprietario può imporre su un immobile servitù prediali.

Essa fonda una obbligazione. Dunque chi non è legalmente capace di obbligarsi non può costituire servitù prediali. E chi rappresenta quell' incapace non può farlo se non nelle forme dalle leggi prescritte.

E finalmente una disposizione. Dunque anche colui che non è per legge capace di disporre delle cose proprie non può stabilirne.

La regola non ha difficoltà pel proprietario pieno ed indiviso, per quello cioè che se-

Digitized by Google

condo i §§ 354, 357 del Codice austriaco e secondo l'art. 544 del Codice Napoleone ha diritto alla sostanza ed agli utili di un immobile.

(*b*) Ma il possessore di buona fede che non sia vero proprietario dell'immobile può imporvi durante il suo possesso servitù prediali?

Pel Codice civile austriaco mi sembra di sì.

Ammetto che nel diritto accordato dal § 329 al possessore di buona fede, di usare ad arbitrio della cosa che possiede, di consumarla e distruggerla senza responsabilità, non sia compreso anche il diritto di aggravarla di servitù.

Ma fino a che non sia provato il contrario sta per lui secondo il § 323 la presunzione legale di un titolo valido.

Il suo possesso, ch'è presunto sorretto da titolo valido, dee pel § 316 considerarsi legittimo.

Pel § 309 ei tiene dunque legittimamente la cosa come propria, come sua proprietà.

E se così la tiene dev'esserne fino a prova contraria considerato proprietario.

E se dev'essere considerato tale, può fino a che dura il suo possesso di buona fede dell'immobile imporre su esso servitù prediali.

E lo può anche pel § 372 che lo riguarda come vero proprietario fino a che non venga prodotto un titolo più forte del suo.

Lo stesso ed a maggiore ragione sembrami che pel Codice austriaco possa dirsi dell'erede apparente fino a che non si presenti il vero erede.

Adita la eredità, l'erede apparente pel § 547 rappresenta il defunto proprietario.

A maggior ragione lo rappresenta dopo aggiudicata secondo il § 819.

Se rappresenta quel proprietario può far ciò che egli avrebbe potuto fare.

Può dunque, com'esso e fino a che non comparisca il vero erede, imporre sugl'immobili ereditarii servitù prediali.

Lo stesso sembrami essere anche pel Codice Napoleone.

Il Merlin ed il Pardessus vanno d'accordo che il possessore di buona fede durante il suo possesso possa stabilirne.

In quanto all'erede apparente il Pardessus opina che le servitù da esso imposte debbano essere sofferte dal vero erede. Così opinando ritiene che l'erede putativo possa imporne.

Il Troplong parlando delle ipoteche ritiene che quelle costituite dall'erede apparente debbano svanire quando si presenti il vero erede. Ritiene dunque che il primo fino a che non si presenti il secondo possa costituirne. Parmi che lo stesso possa dirsi anche per le servitù prediali.

(*c*) Il proprietario diretto di un immobile nella locazione ereditaria, nella enfiteusi, nel censo fondiario, nel feudo, può imporvi servitù prediali?

Per le leggi austriache mi sembra di no.

1.° Nella locazione ereditaria e nella enfiteusi il proprietario utile in questa sua qualità ha con un diritto sulla sostanza il diritto esclusivo agli utili dell'immobile.

Per inevitabile conseguenza deve avere ed ha il possesso esclusivo di esso.

Quel possesso non dev'essere leso dal proprietario diretto, che pei §§ 363, 1127 può bensì disporre della sua diretta proprietà, ma senza ledere i diritti dell'utile proprietario. Ora il direttario imponendo sull'immobile una servitù prediale lede i diritti, il possesso dell'utilista. Li lede obbligandolo a tollerare o non fare sull'immobile a vantaggio di un terzo ciò che altrimenti potrebbe fare o non dovrebbe tollerare. E siccome non può [illegible]

Digitized by Google

La proprietà diretta non dà in sostanza al direttario altro che due principali diritti. Uno futuro, quello cioè della consolidazione dell'utile col diretto dominio secondo il § 1149 quando l'utilista non lasci successori legittimi. L'altro presente, quello cioè della esazione secondo il § 1131, fino a che dura la divisione della proprietà, dell' annuo canone e delle altre convenute contribuzioni.

Parlerò altrove del primo di quei diritti. E ciò perchè esso può dare adito soltanto alla quistione se, consolidata la utile colla diretta proprietà, le servitù imposte sull'immobile dall' utilista debbano o no cessare. Qui parlo soltanto del secondo diritto.

Nel diritto cioè del direttario di esigere fino a che duri la divisione del dominio di quell'immobile quel canone e quelle contribuzioni sta, a parer mio, veramente ed in sostanza la proprietà diretta. Altri diritti spettanti al direttario o riguardano quel canone e quelle contribuzioni o derivano dal diritto di esigere l'uno e le altre. Riguarda il canone e le contribuzioni il diritto che ha il direttario pel § 1128 di far valere in giudizio le sue ragioni sulla propria parte, di darla a pegno, di alienarla. Derivano dal diritto principale di esigere quelle prestazioni le facoltà che gli danno i §§ 1129, 1130 di proibire all' utilista di diminuire la cosa o di farvi cambiamenti, e di volere che questi conservi e coltivi il fondo onde non sia impedita o resa difficile quella esazione. Questo diritto di esazione è in sostanza quello che l' utilista pei §§ 363, 1127 non deve ledere. Ora, o la servitù imposta sull'immobile dal proprietario utile impedisce o rende difficile al diretto proprietario la esazione del canone e delle altre convenute contribuzioni, o no. Se sì, non può pel § 1129 essere imposta dall'utilista. Se no, a mio parere può essere imposta.

2. Lo stesso parmi che debba dirsi anche pel proprietario utile della sola superficie dell' immobile.

3. E servitù prediali ponno essere in ogni caso imposte dal vassallo che ha la proprietà utile dell'immobile verso obbligo di prestazione di fedeltà e di servigii.

Il Codice Napoleone pel regno d'Italia tace su queste divisioni del dominio degli immobili. Ma nel regno esse esistevano. Me lo provano specialmente il decreto 27 aprile 1811 n. 102 per le enfiteusi ed i decreti 12 gennaio e 30 aprile 1807 n. 19 e 69 pei feudi.

Potrebbero su esse farsi valere principii di diritto diversi da quelli che sembrano applicabili per le leggi austriache? Nol credo.

(d) Chieggo ora se il gravato della trasmissione ad altri di un immobile nella sostituzione fedecommessaria che in sè comprende la volgare e nel fedecommesso (di famiglia), possa durante il suo possesso pel Codice austriaco imporvi servitù prediali.

1. Nella sostituzione fedecommessaria che tacitamente comprende anche la volgare, *il gravato* durante il suo possesso ha pel § 613 la proprietà dell'immobile. Se anche *limitata ai diritti* ed agli obblighi di un usufruttuario, è però sempre proprietà. Non è nè piena nè diretta; dunque è utile proprietà. Se il gravato poi è proprietario utile dell' immobile, può imporvi fino a che lo possegga servitù prediali.

2. Nel fedecommesso pel § 629 l'attuale possessore ha la proprietà diretta dell' immobile congiuntamente a tutti gli altri chiamati. Ne ha poi anche egli solo la proprietà utile. Come utile proprietario può imporvi durante il suo possesso servitù prediali.

E nell'uno e nell'altro caso il gravato ed il possessore attuale imponendole, non ledono veramente la proprietà diretta che può spettare ai successivamente chiamati, non ledono diritti che pel § 363 debbano rispettare. In ultima analisi, in sostanza quella proprietà diretta pei successivamente chiamati sta nel diritto che aver ponno di conseguire a suo tempo la proprietà utile, il possesso dell' immobile. Questo diritto rimane intatto, sia stato o no l'immobile assoggettato a servitù prediali per parte del gravato, del possessore attuale. Rimane intatto perfino nel caso (di cui parlerò altrove) che quei chiamati conseguir dovessero la proprietà utile e la possessione dell' immobile affatto libere da quelle servitù. Infatti in questa ipotesi nulla toglierebbe ad essi di farle cessare. Rimanendo dunque così intatto il diritto dei chiamati, non vedrei perchè il gravato ed il possessore attuale dell'immobile non potessero durante il loro possesso imporvi servitù prediali.

Nella sostituzione poi e nel fedecommesso, i chiamati che non posseggono attualmente l'immobile ne hanno la diretta, non la utile proprietà. Non ponno ledere, come ho detto per altri proprietarii diretti all' annotazione *c* del presente Capo, i diritti, il possesso dell'attuale utile proprietario. Dunque non ponno imporre sull' immobile servitù prediali.

Digitized by Google

Sembrami poter dire lo stesso anche nelle sostituzioni sole permesse dagli art. 1048 e seguenti del Codice Napoleone. Il gravato di restituzione possessore attuale dell' immobile ne ha almeno la utile proprietà. I chiamati non possessori attuali non l' hanno. Il primo potrebbe imporvi servitù prediali. I secondi nol ponno.

Vengo ora ai maggioraschi italiani.

Essi esser ponno di due specie. Quelli cioè di dotazione privata regolati dal VII statuto costituzionale del regno 21 settembre 1808, e quelli di dotazione del re particolarmente disciplinati dal decreto 8 febbraio 1812 n. 38.

Pei primi. È vero che l' art. 31 del suddetto statuto costituzionale prescrisse che gli immobili delle dotazioni, durante un anno, non potessero essere alienati, ipotecati, aggravati da sostituzioni permesse, e nemmeno assoggettati a qualunque altra condizione che ne diminuisse la proprietà ed il prodotto. Questa ultima clausola può far ritenere che fosse anche proibito di aggravarli di servitù prediali. Ma la proibizione sarebbe stata in ogni caso temporanea, per l' anno anteriore alle reali lettere patenti d' instituzione del maggiorasco. Avrebbe avuto a scopo di conservare i beni nella loro integrità fino a quella formale instituzione. Ma instituito una volta il maggiorasco con quelle lettere patenti, se l' art. 64 e seguenti del suddetto statuto stabiliscono che i beni del maggiorasco non possano essere dal possessore alienati, ipotecati, sequestrati, non stabiliscono eziandio che non possano essere assoggettati a servitù prediali. E la stessa disposizione dell' art. 74, che il possessore conservar debba i beni da buon padre di famiglia, mi sembra troppo generale per portare fuor di qualunque dubbio che non possa, durante il suo possesso, aggravarli di quelle servitù, massime se esse, cessato quel possesso, dovessero cessare a vantaggio degli eventuali aventi diritto, che così non sarebbero per nulla pregiudicati. Ora siccome le leggi vanno interpretate in modo da restringere il meno possibile la libertà naturale ad atti che non ledano il diritto altrui, così essendo certo che il possessore attuale di questo maggiorasco ha la proprietà utile degl' immobili che ponno comporlo, non mi pare fuor di ogni dubbio provato che non possa imporvi servitù prediali.

Sono più in dubbio pei secondi maggioraschi, per quelli cioè di dotazione del re.

I beni che ponno averli costituiti erano proprietà dei pubblici demanii ad essi riversibile in casi determinati.

E la riversione dei beni per l' art. 27 del decreto 8 febbraio 1812 doveva aver luogo nella loro integrità.

Cioè gl' immobili deggiono ritornare al Demanio concedente tali quali gli ha conceduti, vale a dire senza le servitù impostevi dal temporaneo possessore.

E gli agenti del Demanio vegliar deggiono perchè il possessore durante la sua vita li goda in modo da poter farli ritornare alla evenienza dei casi nella loro integrità al Demanio pubblico che gli ha conceduti.

Ciò può significare che vegliar debbano perchè, vivente il possessore, non sieno aggravati da servitù prediali toglienti naturalmente il ritorno in quella integrità.

Potrebbe dunque sostenersi che non vi potessero essere imposte.

Mi pare poi certo che in qualunque maggiorasco i chiamati non possessori degl'immobili non possano imporne.

Finalmente anche coloro che hanno la proprietà di un immobile soggetta per qualsivoglia titolo a risoluzione, come p. e. pel § 1068 del Codice austriaco e per l' art. 1654 del Codice Napoleone i compratori col patto della ricompra ponno, a mio credere, imporre su quella loro proprietà fino a che resti in essi servitù prediali. Ponno farlo perchè ne sono proprietarii veri, fino a che non abbia luogo la risoluzione.

Coloro poi che hanno diritto alla risoluzione futura, come per esempio i venditori col patto della ricompra, non essendo ancora proprietarii dell' immobile, non ponno

Digitized by Google

Chi ha venduto o permutato un suo immobile non può fra il contratto e la tradizione aggravarlo di servitù prediali.

Infatti pei §§ 1047, 1061 del Codice austriaco e pegli art. 1614, 1707 del Codice Napoleone l' immobile esser deve consegnato nello stato in cui si trovava al tempo del contratto, cioè esente da quelle servitù. Il venditore o permutante che lo consegnasse aggravato da esse, dovrebbe garanzia.

Chi poi ha soltanto convenuto di trasferire in futuro la proprietà di un suo immobile, non cessò per questo, prima del trasferimento, di esserne proprietario. Può dunque aggravarlo di servitù prediali. All' altro contraente spetta soltanto l' azione personale di obbligarlo al trasferimento e l' azione di fargli prestare, ove ne sia il caso secondo la convenzione, garanzia.

(*f*) Il comproprietario di un immobile indiviso con altri comproprietarii senza fissazione di parti ideali (p. e. di una metà di un terzo in massima) non può da sè solo imporvi servitù prediali. Tutti gli altri comproprietarii deggiono concorrere alla concessione fatta da uno di essi o ratificarla. È vero che il concedente non potrebbe, opponendosi al fatto proprio, contrastare al concessionario la servitù. Ma gli altri comproprietarii non concorsi e che non hanno ratificato potrebbero farlo.

Un solo comproprietario di un immobile indiviso con altri, con assegnamento di parti ideali, non può sulla sua parte ideale imporre servitù esercibile prima che quella parte divenga, per la divisione, fisicamente determinata. Infatti non si saprebbe ancora su quale parte *fisica e determinata* dell' immobile dovesse essere esercitata. Ma può bensì imporvi servitù *esercibile* in futuro, quando la parte ideale divenga, per la divisione, fisica e determinata, quando cioè si sappia su qual parte fisicamente determinata dell'immobile debba esercitarsi.

(*g*) Il proprietario di un immobile, del quale ad altri spetti l' usufrutto, ne conserva la proprietà. Può dunque imporvi tutte quelle servitù prediali che non nuocano al diritto dell' usufruttuario di godere della cosa senza limitazione, salva la sostanza.

L' usufruttuario invece non è proprietario. Pel § 509 del Codice austriaco, gode appunto senza limitazione della cosa ma salva la sostanza. Pel § 513 deve quindi conservare la cosa nello stato in cui l' ha ricevuta. E per l' art. 578 del Codice Napoleone ne gode come *farebbe il* proprietario, ma conservata sempre quella sostanza.

Ora l' usufruttuario imponendo sull' immobile una servitù ne distaccherebbe dalla proprietà a vantaggio altrui un diritto. Così farebbe atto da proprietario. Farebbe più che godere dell' immobile, salva la sostanza. Infatti gl' imporrebbe un peso che toccherebbe appunto quella sostanza. Non conserverebbe l' immobile come l' ha ricevuto. Infatti *vi recherebbe* un cangiamento imponendovi una servitù. Nulla di ciò può fare l' usufrut*tuario*. Dunque, a parer mio, non può imporre sull' immobile servitù prediali.

Può bensì, come ho detto all' annotazione *a* del capo III n. 2, trasferire in altri finchè gli spetta l' esercizio del proprio diritto di usufrutto. Ma ciò non sarebbe veramente imporre sull' immobile una nuova servitù, farvi pesar sopra un nuovo diritto. Sarebbe invece far esercitare da un terzo in vece propria la stessa servitù, lo stesso diritto.

(*h*) 1.° Il marito che secondo il § 1228 del Codice austriaco ha ricevuto l' immobile dotale soltanto coll' obbligo di restituirne un prezzo determinato, n' è divenuto solo proprietario. Può dunque imporvi servitù prediali.

Fuor di questo caso egli pei §§ 1227, 1228 n' è, durante il coniugale consorzio, soltanto usufruttuario. Dunque non può imporvene.

La moglie ne è proprietaria. Dunque essa può aggravarlo di tutte quelle che non nuociano all' usufrutto del marito.

Nei casi nei quali la dote pei §§ 1263-1266, 1229 ritorna alla moglie o premorta essa ai suoi eredi, l' immobile dotale, divenuto libera loro proprietà, può essere aggravato da essi di servitù prediali.

2.° Mi sembra che nel caso del § 1230 la moglie non acquisti la proprietà dell'immobile assegnatole in contradote, se non al verificarsi della condizione della morte del marito, essa sopravvivente. Fino a che quella condizione non si avveri, chi l' ha costituito in contradote ne ha solo la proprietà. Dunque può imporvi servitù prediali. La moglie che non ne ha nemmeno il godimento non può imporne.

Digitized by Google

Avveratasi poi la condizione della morte del marito sopravvivente la moglie e nei casi in cui secondo i §§ 1263 1266 l'immobile assegnatole in contradote le pervenga in proprietà vivente il marito, essa può imporvi servitù prediali perchè n'è divenuta proprietaria.

3.° Pel § 1233 non havvi in causa del matrimonio fra i coniugi comunione di beni senza speciale contratto. E la comunione pel § 1234 s'intende di regola pel solo caso di morte. E s'intende soltanto per l'effetto che all'un coniuge spetti diritto alla metà di quei soli beni posti reciprocamente in comunione che ancora rimangano dopo la morte dell'altro.

Se qui la comunione s'intende pel solo caso di morte, dunque essa in vita dei coniugi veramente non sussiste. In vita, ognuno di essi è proprietario de' suoi beni e se fra questi vi hanno immobili, de'suoi immobili. Come proprietario può aggravarli di servitù prediali. E tanto più può aggravarli in quanto che presso noi per la mancanza de'pubblici libri presupposti esistenti dal Codice civile, il § 1236 non è applicabile.

Diviso poi per la regola del § 1234 dopo la morte di un coniuge fra i suoi eredi e l'altro coniuge e se morto anche questo gli eredi di esso, per metà un immobile posto in comunione, e gli uni e gli altri divengono proprietarii della loro metà. Ponno quindi aggravarla di servitù prediali.

Diviso inoltre per le eccezioni dei §§ 1263 1266 in vita dei coniugi fra essi o per patto di separazione volontaria di beni o per scioglimento di matrimonio per metà un immobile posto in comunione, ognuno de' coniugi divenutone proprietario della metà può imporvi servitù prediali.

Diviso finalmente per l'altra eccezione del § 1262 pure in vita dei coniugi fra loro per metà quell'immobile comune per essere stato aperto contro i beni dell'uno o dell'altro coniuge il concorso dei creditori, il coniuge non oberato divenutone proprietario della metà può imporre su essa le suddette servitù.

Del coniuge oberato dirò altrove.

4.° Pel § 1237 ognuno dei coniugi se non vi ha convenzione speciale in contrario conserva la precedente ed ha la sopravvenuta proprietà della sua sostanza ch'è per tal modo libera. Può dunque imporre sui suoi immobili liberi servitù prediali.

Pel § 1238 si presume legalmente che il marito sia procuratore della moglie per la amministrazione della di lei sostanza libera fino a che essa non si opponga ovvero finchè quell'amministrazione secondo il § 1241 a lui non venga tolta.

Pel § 1239 è come ogni altro procuratore che fosse munito di mandato.

Ma amministra soltanto. Parmi dunque che non possa aggravare di servitù prediali gl'immobili liberi di sua moglie. Se gli aggravasse, sarebbe a mio credere atto eccedente la semplice amministrazione. A poter farlo dovrebb'essere munito di mandato speciale secondo il § 1008.

5.° Se l'assegnamento alla moglie pel caso di vedovanza del quale parla il § 1242 consiste nell'usufrutto di un immobile, questo immobile non può essere aggravato di servitù prediali dalla usufruttuaria. Ed il proprietario di esso può aggravarlo di quelle servitù che nuocciano all'usufrutto fin che la vedova ne gode per non essere secondo il § 1244 passata ad altre nozze.

Se poi o per patto di volontaria separazione di beni o per scioglimento di matrimonio secondo i §§ 1263 1266 quell'usufrutto competesse alla moglie vivente il marito, il rapporto legale fra l'usufruttuario ed il proprietario fin che durasse l'usufrutto, sarebbe quello stesso che ho qui sopra spiegato.

Quando infine il marito vivente fosse divenuto oberato quell'usufrutto pel § 1260 spetterebbe alla moglie dal dì della pubblicazione del concorso dei creditori. Anche qui lo stesso sarebbe il rapporto di diritto fra l'usufruttuario ed il proprietario non oberato dell'immobile fin che durasse l'usufrutto.

Del proprietario oberato dirò pure altrove.

6.° Pel § 1249 il patto successorio fra i coniugi altro non è che la promessa accettata della futura totale o parziale eredità.

Pel § 1252 quel patto non toglie al coniuge che con esso lascia all'altro la eredità, la facoltà di disporre ad arbitrio fin che vive de' suoi immobili. Fin che vive, può dunque aggravarli di servitù prediali.

Il coniuge erede convenzionale non ha poi pel patto successorio ad essi diritto se non alla morte del coniuge che ha lasciato la eredità. E ciò in quanto non sieno compresi in quel quarto del quale quest'ultimo pel § 1253 può disporre con atto diverso di ultima

Digitized by Google

volontà anche a favor di altri. Prima dunque di quella morte non può imporre su essi servitù prediali.

7.° L'usufrutto di un immobile dato secondo il § 1255 da un conjuge all'altro pel caso di sopravvivenza non toglie al primo il diritto di disporre dell'immobile stesso ad arbitrio per atto fra vivi. Può dunque per atto fra vivi aggravarlo di servitù prediali. E ciò tanto più in quanto che mancando per noi i pubblici libri presupposti esistenti dal Codice civile il § 1256 non è applicabile.

Conseguito poi quell'usufrutto da un conjuge per la sua sopravvivenza all'altro ovvero vivente l'altro conjuge nei casi dei §§ 1263, 1266 per patto di volontaria separazione di beni o per iscioglimento di matrimonio, il conjuge usufruttuario non può imporre sull'immobile servitù prediali. Il proprietario di esso in generale può imporvi tutte quelle che non nocciano al diritto, fin che sussiste, dell'usufruttuario.

Ma tanto in questo ultimo caso quanto in quelli accennati ai n. 3 e 5 della presente annotazione, il proprietario dell'immobile può essere oberato. Allora egli ed il concorso de' suoi creditori parmi che non possano aggravarlo di nessuna servitù prediale.

È vero che la proprietà dell'immobile non passa dall'oberato nella massa dei suoi creditori. Ma il primo ne ha perduto la disposizione. Ma ne ha perduto anche possesso ed amministrazione, chè l'uno e l'altra spettano esclusivamente alla seconda.

Inoltre quell' immobile come gli altri beni soggetti al concorso deve pure esclusivamente servire a pagare proporzionatamente i creditori. Non mi par dunque che a danno di questi possa essere deteriorato o diminuito di valore. E lo sarebbe se l'oberato od il concorso aggravarlo potessero di servitù.

Appena aperto poi il concorso, nessun creditore può ottenere più pel § 83 del giudiziario Regolamento nè notifica, nè ipoteca, nè altra assicurazione sulla sostanza dell'oberato. Essa cioè deve rimanere qual era a quel punto. E perchè sugl'immobili del concorso potrebb' essere imposta una servitù prediale la quale farebbe che non rimanessero quali erano prima?

8.° Finalmente donato secondo il § 1246 e per avventura anche secondo il § 1232 validamente tra vivi fra i conjugi un immobile, e trasferitane la proprietà al donatario, questo divenutone proprietario può aggravarlo di servitù prediali. Il donante all'opposto nol può più.

Donato poi in causa di morte validamente un immobile da un conjuge all'altro con *atto che pel § 956* valer debba come contratto, la donazione è irrevocabile. Ma l'immobile è *donato solo* sotto la condizione che si verifichi la morte del donante. Finchè la condizione *non si* avvera parmi che esso possa aggravarlo di servitù prediali. Avveratasi poi essa, il donatario divenutone proprietario può aggravarnelo.

Donato per ultimo validamente da un conjuge all'altro un immobile con atto che *pel suddetto* § valer debba come legato, ovvero lasciato esso secondo i §§ 552, 647, 1248 in eredità od in legato, il conjuge donatario, erede, legatario, non acquistandone la proprietà se non alla morte del donante o di quello che ha lasciato la eredità od il legato, e non essendone prima proprietario, non può aggravarlo di servitù prediali.

Vengo ora al Codice Napoleone.

Premetto che per esso il matrimonio può essere contratto con o senza sottomissione alle leggi dotali. Parlo prima del caso di quella sottomissione.

1.° Per l'art. 1392 il semplicemente stipulare la dote, od il dichiarare che i conjugi si maritano senza comunione ossia che rimangono separati di beni, non basta perchè i beni costituiti in dote sieno sottomessi alla legge ossia al *regime* dotale. Per sottometterveli vi vuole dichiarazione espressa nel contratto di matrimonio.

In questo *regime* tutto ciò che la donna si costituisce in dote o le vien dato nel contratto di matrimonio è per l'art. 1541 bene dotale quando non vi abbia stipulazione in contrario.

Potrebbe per avventura dirsi essere bene dotale anche la contradote assegnata in quel contratto alla moglie. Almeno il Codice Napoleone non ne tratta particolarmente.

La stima dell'immobile costituito in dote, se non vi abbia su ciò dichiarazione espressa, non ne trasferisce per l'art. 1552 la proprietà al marito, in modo da far ritenere chè l'abbia comprato e che ne sia soltanto debitore del prezzo.

Quando abbiavi quella dichiarazione l'immobile dotale come comprato è proprietà del marito. Parmi dunque che possa aggravarlo di servitù prediali.

Digitized by Google

Fuor di questo caso gl' immobili dotali per l' art. 1554 non ponno durante il matrimonio alienarsi nè dal marito nè dalla moglie nè da ambedue insieme.

Pare che per siffatta inalienabilità non possano nemmeno aggravarli di servitù. Almeno così opina il Pardessus (Trattato delle servitù pag. 243).

Nemmeno la moglie esercente pubblica mercatura può farlo, a senso dell' art. 7 del Codice di commercio pel regno d' Italia.

Le eccezioni a queste regole sono portate dagli art. 1555-1558 del Codice Napoleone. Il solo marito poi non può aggravarli per altri motivi.

Egli solo, per l'art. 1549, ha l' amministrazione dei beni dotali durante il matrimonio.

Ma essa ivi è ristretta a diritti diversi da quello di far atto di dominio imponendo sugl' immobili dotali servitù prediali.

D' altronde pegli art. 1549 1562 ne sarebbe semplicemente usufruttuario.

Per tutto ciò non potrebbe assoggettarli alle suddette servitù.

Se la dote corre pericolo per lo sbilancio economico del marito, la moglie per l' articolo 1563 può chiedere la separazione dei beni.

Ma questa non toglie il matrimonio durante il quale l' immobile dotale è inalienabile.

Pare dunque che la moglie nemmeno in questo caso, per la regola dell' art. 1554, possa imporvi servitù prediali.

Sciolto poi il matrimonio per qualunque delle cause portate dall' art. 227, il marito ed i suoi eredi ponno per l' art. 1564 essere astretti a restituire tosto gl' immobili dotali.

La loro inalienabilità stabilita soltanto fin che dura il matrimonio, sciolto esso andrebbe a cessare.

Rientrati così la moglie o gli eredi di essa nella proprietà e disponibilità di quegli immobili sembra che possano imporvi quelle servitù.

2.° Nel suddetto *regime* dotale, sono per l' art. 1574 parafernali tutti i beni e quindi anche gl' immobili della moglie non costituiti in dote.

Essa per l' art. 1576 ne ha amministrazione e godimento.

Ma pegli art. 217, 1576 non può donarli, alienarli, ipotecarli, nè può nemmeno acquistarne da altri a titolo oneroso o gratuito senza l' autorizzazione del marito, ed in caso di rifiuto senza il permesso del giudice.

Pare che senza quell' autorizzazione o permesso non possa nemmeno aggravarli di servitù prediali. Il solo permesso del giudice basta nei casi degli art. 221, 222, 224.

Ma pare anco che senza di ciò possa farlo a senso dell' art. 7 del Codice di commercio quando eserciti pubblicamente la mercatura.

Il marito non ha nè proprietà nè godimento degl' immobili parafernali della moglie. Dunque non può aggravarli di servitù prediali. Non potrebbe farlo nemmeno se ne avesse il godimento, perchè per l'art. 1580 altro non ne sarebbe che usufruttuario.

Il marito costituito dalla moglie procuratore per la sola amministrazione de' suoi beni parafernali, non può pegli art. 1577, 1988 che amministrarli. Amministrandoli soltanto non può aggravarli di servitù prediali. Aggravandoli farebbe atto eccedente la semplice amministrazione affidatagli.

A poter farlo deve avere mandato espresso ossia speciale secondo il suddetto articolo 1988. Infatti per quest' articolo, ove si tratti di alienare, ipotecare o fare altri atti di dominio, il mandato dev' essere espresso. Imporre poi su un immobile servitù prediali parmi certo atto di dominio.

Parlo ora del caso in cui non vi sia sottomissione alle leggi ossia al *regime* dotale fra i coniugi. Parlo prima della moglie, poscia del marito.

I. In quanto alla moglie in costanza di matrimonio:

Digitized by Google

O si tratta di comunione legale, o di comunione convenzionale, o di patto ch' escluda la comunione, o di patto che stabilisca la separazione di beni fra conjugi.

1.° La comunione legale per l'art. 1400 del Codice Napoleone si stabilisce colla semplice dichiarazione di maritarsi sotto il *regime* della comunione, o quando fra i conjugi manchi ogni contratto. E ciò tutto all' opposto del Codice austriaco che pel § 1233 non ammette comunione se non espressamente stipulata fra i conjugi con ispeciale contratto.

Nella comunione legale il marito per l' art. 1421 può venderne, alienarne, ipotecarne gl' immobili senza intervento della moglie. Se può venderli, ch' è il più, parmi che possa anche aggravarli di servitù prediali, ch' è il meno.

L' art. 1422 porterebbe a quella regola una eccezione.

Non può però senza il consenso della moglie, secondo l'art. 1428, alienare gl' immobili particolari di essa, cioè a mio credere quelli che dietro gli art. 1402, 1404 e seguenti non cadono nella comunione legale. Dunque non può nemmeno assoggettarli a quella servitù, senza il consenso di essa.

Sia pure che di questi immobili abbia l' amministrazione. Ma imporvi servitù è più che amministrarli.

Sciolta poi e divisa quella comunione secondo gli art. 1441, 1443 per giudiziale separazione di beni in costanza di matrimonio, la moglie a senso dell' art. 1449 ha la libera amministrazione degl' immobili toccatile in sorte. Può anche alienarli. Il marito, fuori del caso dell' art. 7 del Codice di commercio, ha il solo diritto di essere chiamato ad assentirne l' alienazione. Se non ha altro diritto, non può da sè solo nè alienarli nè imporvi servitù prediali.

2.° La comunione convenzionale quando il contratto diversamente non disponga soggiace per l' art. 1528 del Codice Napoleone alle regole della legale. Vale in quella in generale pel marito ciò che vale in questa.

3.° Quando vi abbiano patti ch' escludano la comunione o che stabiliscano la separazione dei beni, il marito pegli art. 1535, 1538 in riguardo all' alienazione che facesse la moglie dei proprii immobili e fuori del caso del suddetto art. 7 del Codice di commercio ha il solo diritto di essere chiamato a darne l' assenso. Anche qui, se non ha altro diritto, non può aggravarli da sè solo di servitù prediali.

III. *In quanto* alla moglie ed al marito, sciolto il matrimonio per una delle cause portate *dall' art.* 227 del Codice Napoleone:

1.° Sciolto il matrimonio per la morte naturale o civile del marito, è cessato per la moglie il vincolo dell' art. 217.

Dispone dunque degl' immobili dei quali o per la divisione della comunione o per qualunque altro titolo ha la libera proprietà. Può dunque imporvi servitù prediali.

2.° Sciolto poi il matrimonio per divorzio, la moglie se anche secondo gli art. 307, 311 fu giudicata la separazione di corpo o di beni, e molto più quando nol fu, non può fuori del caso dell' art. 7 del Codice di commercio, pegli art. 217, 1449 del Codice Napoleone alienare i proprii immobili senza assenso del marito o giudiziale permesso.

Senza ciò non può nemmeno aggravarli delle suddette servitù.

Il marito, come ho detto più volte, ha in regola soltanto il diritto di essere chiamato a dare quell' assenso. Non può dunque da sè solo nè alienarli nè imporvi servitù.

Tutto quello che secondo il Codice Napoleone ho detto fin qui dovrebb' essere applicabile anche agl' immobili pervenuti ai conjugi o per successione o per donazione testamentaria o per donazione tra vivi. Su ciò però non mi estendo in altri particolari essendo materia più delle doti delle successioni e delle donazioni, che delle servitù.

(i) Quegli che non è ancora, ma ch' è certo che diverrà proprietario di un immobile può imporvi servitù prediali prima di divenirlo. Ma però sotto due condizioni. La prima che debba divenirne tale proprietario che sia per legge capace d' imporvele. Quindi p. e.

Digitized by Google

P. e. Il mio fondo ha diritto di derivare una determinata quantità di acqua da una sorgente esistente sul fondo altrui.

Nel titolo che ha costituito siffatta servitù è stabilito che il mio fondo tollerar debba che la metà di quell' acqua passi da esso nel fondo di un terzo.

Il mio fondo ha dunque la servitù attiva di derivare l' acqua dalla sorgente altrui.

Ma la metà di quell' acqua deve dal mio fondo passare in quello di un terzo.

Dunque la mia servitù attiva di derivare l' acqua dalla sorgente altrui è aggravata dalla servitù passiva di lasciarne passare la metà ad un terzo fondo.

Ecco come in un certo senso può esservi servitù imposta alla servitù.

Ecco come non si può assolutamente dire che non vi possa mai essere servitù di servitù.

Ho detto poi che può esservi quella servitù di servitù in un certo senso.

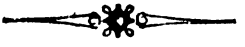
E ciò ho detto perchè sotto altro senso può ragionarsi così.

Quando p. e. nel caso che ho accennato di sopra, il mio fondo derivi una data quantità di acqua dalla sorgente altrui, e quando passar debba la metà della identica acqua al fondo di un terzo, havvi sempre un solo fondo serviente, cioè la sorgente altrui, ed una sola ed identica servitù passiva, quella cioè che ha la suddetta sorgente di tollerare che da essa venga derivata l' acqua. Quella sola ed identica servitù passiva della sorgente si divide poi in due servitù attive a vantaggio di due fondi dominanti, il mio cioè e quello del terzo fra i quali la suddetta acqua dev'essere divisa. Per ciò, piuttosto che dire che la servitù attiva del fondo del terzo aggravi la servitù attiva del mio fondo, e che perciò vi abbia servitù di servitù, può dirsi che ambedue le servitù attive aggravino la sola sorgente, che ciò essendo, la servitù attiva del fondo del terzo non aggravi veramente l' altra servitù attiva del mio fondo e che per conseguenza non abbiavi servitù di servitù.

È chiaro poi che potendo pel § 486 del Codice austriaco e per l' art. 686 del Codice Napoleone un fondo essere aggravato di più servitù prediali quando ciò non rechi pregiudizio ai diritti anteriori del terzo, un fondo nel quale sorga un' acqua corrente può concederla a più fondi diversi, quando concedendola ad uno non venga pregiudicato il diritto che può competere all' altro.

(*l*) L' autore in questo capo parla anche di servitù sul sepolcro, sulle acque pubbliche e private, sul mare ecc. Ne dirò altrove qualche cosa.

Così altrove tratterò la quistione se le servitù prediali concedute da chi ha sull' immobile aggravato da esse un diritto per qualsivoglia motivo puramente temporaneo, debbano o no, cessato quel diritto, cessare.



Digitized by Google

CAPUT XV.

QUI POSSINT ACQUIRERE SERVITUTEM, SEU QUIBUS POSSINT SERVITUTES CONCEDI.

I. *Servitutem alicui fundo qui imponere possunt, eidem etiam acquirere valent.* — II. *Praedio communi ex unus ex sociis servitutem legare valeat.*

Quarto principaliter dicamus, qui possint acquirere servitutem, seu quibus possint servitutes concedi. Et dic, quod illi, qui sunt domini, vel quasi domini vicinorum praediorum, possunt acquirere servitutem fundo suo, sicut possunt imponere eadem ratione (1), *secundum Azo in sum.* (2).

I. Ex quo nota regulam, quod omnes, qui possunt imponere servitutem uni fundo, eadem ratione et multo magis possunt ei acquirere : quia meliorem conditionem regulariter potest quis facere, licet deteriorem aliquando non possit (3). *Et ideo feudatarius seu vasallus potest acquirere servitutem fundo feudatario* (4), *et idem dicas in emphyteuta, et simil. Imo etiam plus dico, quod ille qui non potest imponere servitutem fundo, potest ei acquirere, sicut est dominus in fundo, in quo alius habet usumfructum* (5). *Item ille qui habet jus inferendi in sepulchrum servitutis viae, et sepulchrum acquirere potest, licet sepulchro eam imponere non pos-*

(1) *Ut l. ei qui pignorib. de servit. et l. 1. communia praed.*
(2) *C. de serv. § fuit autem, in princip.*
(3) *Ut text. in c. 1. § quid ergo, de invest. in rer. alien. sup. et l. aequissimum § 1. de usufruct. et l. fin. de usu. et habit.*

CAPO XV.

QUALI PERSONE POSSANO ACQUISTARE SERVITÙ, OVVERO A QUALI POSSANO ESSERE CONCESSE.

I. Quelli che possono imporre servitù ad alcun fondo, possono eziandio acquistargliene. — II. Se uno fra i socii possa legare la servitù al fondo comune.

In quarto luogo principalmente indicheremo quali persone possano acquistare servitù, ovvero a quali possano venir concesse. E tu di' che quelli, che sono padroni o quasi padroni di fondi contigui, possono acquistare servitù ai predii loro, come per la stessa ragione possono imporne, secondo che scrive Azzone nella Somma.

I. Dal che osserva discendere questa regola : che tutti quelli i quali possono imporre servitù ad un fondo, per la medesima ragione ed a maggiore ancora han facoltà di acquistargliene; avvegnachè chiunque può di regola migliorare la sua condizione mentre talvolta non può deteriorarla. Perciò il feudatario od il vassallo potrà acquistare servitù al fondo feudale, e così dirai dell'enfiteuta e simili. Dico anzi di più che quegli che non può imporre servitù al fondo, può acquistargliene, come è il padrone di quel predio nel quale un altro ha l'usufrutto (*a*). Parimente quegli che ha diritto d' imporre la servitù di strada per seppellire, può acquistare il sepolcro, sebbene non possa aggra-

(4) *Ut est text. in d. § quid ergo.*
(5) *Ut est text. in l. sed et si quid § 1. de usufruct.*

Digitized by Google

sit (1), *et idem dicas de similibus. Et procedunt praedicta, quando est unus tantum, cui est acquirenda servitus: si autem essent plures domini praedii, cui servitus acquirenda est; ut omnes consentiant, vel eorum communis servus, et si unus tantum mihi acquireret, non teneret ejus acquisitio, donec alii vel aliis sociis concedatur servitus, et ult. acquisitione confirmatur prima ad tempus ultimae, sicut supra diximus in imponenda servitute praedio communi* (2). *Item praedicta de suspensione primae impositionis servitutis vel acquisitionis, locum habent, si fiat acquisitio vel impositio inter vivos.*

II. *Nam si ultima voluntate unus sociorum praedio communi legat servitutem, non valet legatum: sed si omnes socii legarent, et pariter eorum adiretur haereditas, legatum teneret, idemque si uni sociorum praedii communis servitus legaretur: quia tunc non teneret legatum, neque suspenderetur, donec aliis concedatur: quia non sicut viventium, ita defunctorum actus suspendi post mortem testatoris, vel aditam haereditatem receptum est* (3).

(1) *FF. si serv. vend. l. 1. commun. praed. l. caveri.*

(2) *Ut l. si unus ex sociis, et l. unus, in princ. de serv. rust. praed.*

var questo di servitù, e così dirai dei casi consimili. Avvengono le predette cose quando v'ha un solo padrone del fondo che può acquistare servitù; ma se sono più proprietarii che possono acquistarla, è necessario che tutti consentano, o per essi un comune procuratore; perchè se uno soltanto ne acquistasse, non varrebbe il di lui acquisto finchè gli altri socii non l'approvassero, o finchè la servitù non fosse concessa anche agli altri; ed allora coll'ultimo acquisto, e nel tempo in cui avvenne, il primo vien confermato, come dicemmo più sopra intorno alla servitù da imporsi al fondo comune. Del pari valgono le predette cose intorno la sospensione del primo acquisto od imposizione della servitù, qualora questa o quello sien fatti tra' vivi.

II. Imperciocchè se uno de' socii con testamento lega una servitù al fondo comune, il legato non è valido; ma se tutti i socii la legassero e parimente la loro eredità fosse adita, il legato varrebbe, e varrebbe pure se la servitù fosse legata ad uno fra' comproprietarii del fondo comune; perchè in questo caso nè il legato sarebbe invalido, nè si sospenderebbe finchè agli altri fosse concesso; e perchè fu ricevuto che in quella guisa che non si sospendono gli atti tra'vivi, neppur si sospendano quelli in causa di morte dopo la fine del testatore o dopo l'adizione dell'eredità (*b*).

(3) *Ut est text. in l. fin. commun. praed. et ibi per Dd. de serv. rust. praed. l. si unus, et l. unus, et ita not. Aso in summa, C. de serv. § fiunt autem.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XV.

(*a*) Nelle annotazioni al precedente capo ho parlato di quelli che aggravar ponno un loro immobile di servitù prediali. Tutti quelli che ponno aggravarnelo, ponno anche ed a maggior ragione acquistarne ad esso.

Dico a maggior ragione. Infatti se ponno arrecare all'immobile un aggravio assoggettandolo ad una servitù; tanto più ponno arrecargli un vantaggio acquistandola ad esso. Se ponno il peggio deggiono potere anche il meglio.

Così p. e. ponno acquistarne al fondo da essi posseduto il possessore di buona fede, l'erede apparente, il proprietario utile ecc.

Ma non solo ponno acquistare ad un immobile servitù prediali coloro che ponno imporvene, sì anche coloro che nol ponno.

Quando dico servitù prediale vi annetto inseparabilmente, secondo il § 473 del Codice austriaco, la idea dell'uso più vantaggioso o più comodo, e secondo l'art. 687 del Codice Napoleone la idea dell'uso della utilità, in somma la idea dell'uso vantaggio comodo, in una parola dell'utile dell'immobile a favore del quale fu stabilita.

Ora mi par fuor di dubbio che un utile a quell'immobile possa arrecarlo anche quel possessore che non può arrecarvi aggravii.

Ossia parmi fuor di dubbio che anche il possessore, il quale non può imporre a carico di un immobile servitù prediali, possa però a vantaggio di quell'immobile acquistarne.

Digitized by Google

Così p. e. ponno acquistarne il proprietario diretto, l'usufruttuario ecc. di un immobile.

Il Pardessus (Trattato delle servitù, pagina 248) parlando delle leggi francesi dice che i minori sebbene incapaci d'imporre servitù ad un loro immobile senza autorizzazione del giudice, ponno però acquistarne ad esso.

Soggiunge che ponno farlo sotto la sola restrizione di essere restituiti in intiero se l'acquisizione ne sia ad essi onerosa.

È naturale che ponno acquistarne perchè la servitù è considerata come una utilità dell'immobile pel quale fu acquistata. Che se quella utilità non vi è, se havvi invece un aggravio, sparisce la vera idea della servitù, ed il minore può essere restituito in intiero contro l'acquisto.

Pel § 244 del Codice austriaco il minore senz'approvazione tutoria non può alienare alcuna cosa del proprio nè obbligarsi.

Dunque da sè solo non può imporre sul suo immobile servitù prediali che lo assoggettino ad un obbligo.

Ma può acquistare con atti leciti senza l'autorità del tutore quando d'altro lato a nulla si obblighi.

Quando a nulla dal canto suo si obblighi può acquistare servitù prediali anche senza l'autorità del tutore. Quando invece acquistandole si obblighi a qualche cosa non può farlo senza la tutoria autorità.

(*b*) Nell'annotazione *f* dell'antecedente Capo ho detto che il comproprietario di un immobile indiviso con altri comproprietarii senz'assegnamento di parti ideali, non può senza il concorso o la ratifica di essi aggravarlo di servitù prediali.

Ho detto pure che se gli è assegnata una parte ideale, non può da sè solo imporvene di esercibili prima che quella parte ideale divenga per la divisione, fisica e determinata. Ciò mi par giusto.

Egli infatti impone sull'immobile, sulla totalità del quale anche gli altri comproprietarii hanno un diritto, un aggravio. Lede così, agendo da sè solo, un diritto altrui. Questo diritto dev'essere da lui rispettato. Non lo rispetterebbe se potesse da sè solo imporvi servitù prediali, imporvi un aggravio. Dunque non può farlo.

Ma acquistando da sè solo a vantaggio dell'immobile comune una servitù prediale, la cosa mi sembra del tutto diversa.

In primo luogo su quell'immobile indiviso anch'egli ha un diritto, sebbene non si sappia ancora su qual parte fisica e determinata debba cadere.

Ora se ha sull'immobile quel diritto può esercitarlo acquistando a vantaggio dell'immobile stesso servitù prediali.

In secondo luogo esercitando quel suo diritto, non lede il diritto degli altri comproprietarii.

Non lo lede infatti, perchè acquistando all'immobile comune una servitù, gli arreca non un danno ma un vantaggio, chè senza vantaggio non si concepisce servitù.

Può dunque da sè solo acquistarla.

Ed acquistatala può esercitarla sull'immobile altrui a carico del quale fu stabilita.

Il proprietario di questo ultimo immobile deve tollerarne l'esercizio.

Gli altri comproprietarii che non concorsero all'acquisto o che nol ratificarono ponno benissimo per ciò solo che li riguarda rifiutare di riconoscere l'acquistata servitù e di esercitarla.

Ma quel rifiuto non rende invalida fra il concedente ed il concessionario la conces-

Digitized by Google

CAPUT XVI.

IN QUIBUS POSSIT SERVITUS CONSTITUI.

I. *Servitus an nedum in toto fundo, sed in solo tantum: vel in superficie tantum constitui possit.* — II. *Aedificio an nedum praesenti, sed etiam futuro servitus imponi vel acquiri possit.* — III. *Mari per privatum an servitus imponi valeat.* — IV. *Gulfus, sine mare Adriaticum: cur Venetorum esse dicant.* — V. *Servitus in re propria vel communi an imponi valeat.*

Quinto principaliter declaremus, in quibus rebus possit servitus constitui. Dic in fundo urbano et rustico (1).

I. *Item potest constitui necdum in toto fundo, sed in solo tantum, vel superficie tantum* (2). *Et ideo certo generi agrorum servitus acquiri potest, veluti vineis, quod ea ad solum magis quam ad superficiem pertineat: et propterea sublatis vineis, servitus in solo remanebit, nisi aliter actum fuerit* (3). *Item ad certam partem fundi servitus acquiri potest* (4).

II. *Item nedum aedificio praesenti, sed etiam futuro servitus imponi vel acquiri potest* (5). *Et est ea ratio: quia illud quod adhaeret, praesupponit illud cui*

CAPO XVI.

SU QUALI COSE LA SERVITÙ POSSA COSTITUIRSI.

I. Se la servitù possa costituirsi non pure in tutto il fondo, ma nel suolo solamente, o sulla superficie. — II. Se possa imporsi od acquistarsi non solo all' edificio esistente, ma eziandio al futuro. — III. Se la servitù possa essere imposta al mare da un privato. — IV. Perchè il golfo o mare Adriatico si dica golfo di Venezia. — V. Se la servitù possa essere imposta alla cosa propria o comune.

In quinto luogo principalmente spiegheremo su quali cose la servitù possa essere costituita. E tu di': nel fondo urbano e nel rustico.

I. Così pure può costituirsi non pure in tutto il fondo, ma nel suolo soltanto, o nella superficie. E però la servitù può essere acquistata a certo genere di possessioni, per esempio, alle vigne, in guisa che appartenga piuttosto al suolo che alla superficie, se stabilito non fu altrimenti. Del pari la servitù può essere acquistata a certa parte del fondo (*a*).

II. Così pure può imporsi od acquistarsi non solo all' edificio esistente, ma eziandio al futuro. Ed è questa la ragione: perchè ciò che sta attaccato presuppone ciò cui si

Digitized by Google

esse (1). *Ex hoc sequitur, quod servitus constitui potest ut aquam quaerere, et inventam ducere liceat* (2). *Item potest imponi servitus, ut boves, per quos fundus colitur, in vicino agro pascantur. Item ut fructus in villa vicini cogantur, coactique habeantur, et ut pedamenta ad vineam ex vicino praedio sumantur. Item vicino cujus lapidicina tuo immineret fundo, caedere ei jus esset. Item in fundo vicini terram jacere, saxa in fundo habere ut in tuum lapides pervolvantur, ibique positi habeantur, indeque exportentur* (3); *idem et in aliis, de quibus plene dicam in aliis speciebus servitutis tam urbanor. quam rust. Item in sepulchro servitus acquiri potest* (4).

III. *Item licet per privatum mari servitus imponi non possit: quia natura omnibus patet* (5), *tamen per principem bene posset* (6).

IV. *Et ideo cum mare Adriaticum, quod gulfus Venetorum appellatur, sit dominii Venetorum: quia in eo ipsi Veneti praedominati sunt per tantum tempus, quod non extat memoria in contrarium* (*), et per *hoc dicuntur habere jurisdictionem* (**) *in illo mari, quia illud tempus habet vim tituli* (7), *dicendum est, quod ipsi domini Veneti in ipso mari possint servitutem imponere, et non alii, quod est not. In loco autem sacro et religioso servitus imponi non potest* (8). *Item nec in loco publico* (9).

V. *Item in re propria vel communi quis imponere servitutem non potest* (10). *Et est ratio in re propria: quia res propria nemini servire potest, ut dictis juribus* (11). *In re autem communi: quia in re*

nire. Da ciò segue potersi costituire la servitù che sia permesso cercar l'acqua, e trovatala condurla ove aggrada. Parimente può essere imposta la servitù che i buoi, coi quali si coltiva il fondo, pascolino nel campo vicino. Così pure, che le messi si radunino nella villa del vicino e vi stieno raccolte e che i pali da viti si tolgano dal contiguo fondo. Parimente che il vicino, la cui cava di pietre sovrasta al tuo fondo, sia obbligato a tagliare per esso. Parimenti che si possa gettar terra nel fondo del vicino, che questi sia costretto a tenere i sassi nel suo terreno onde rotolar le pietre nel tuo ed ivi deposte poscia si esportino. Così pure può imporsi in altre cose, delle quali parlerò quando tratterò delle altre specie di servitù urbane e rustiche. Così pure la servitù può essere acquistata al sepolcro.

III. Però un privato non può imporre servitù al mare; perchè sebbene la natura sia aperta a tutti, nondimeno sovr'esso può imporle per diritto il solo principe.

IV. E perciò il mare Adriatico, che si appella golfo di Venezia, appartenendo al dominio Veneziano (dacchè tanto lungo impero ebbero i Veneti sovr' esso che non ci resta memoria del contrario (*), e per ciò si dice aver eglino giurisdizione (**) sopra di quello, perchè quel lungo tempo ha forza di titolo), è da conchiudere che gli stessi signori Veneziani soltanto, e non altri, possano su detto mare imporre servitù; locchè è da notarsi (*b*). Non può inoltre essere imposta servitù ai luoghi sacri e religiosi (*c*); e nè pure ai luoghi pubblici (*d*).

V. Parimente nessuno può imporre servitù alla cosa propria o comune. E quanto alla cosa propria, la ragione è questa: perchè la cosa propria non può servire a nessuno, come negli esposti diritti; quanto alla

(1) Text. est cum gloss. in L. si fundo, secundo nech. sign. et in c. 1. de praescript. in 6. et Bart.

Digitized by Google

communi melior est conditio possidentis (1), *et quia servitus pro parte imponi non potest* (2).

(1) *L. Sabinus, communi divid.*

(*) *Memoria in contrarium.* Adde Alex. *consil.* 6. *in* 1. *colum. in* 1. *vol. et cons.* 7. *in* 1. *col. etiam in* 1. *vol.*

(**) *Habere jurisdict.* Quid sit jurisdictio, et in quot species dividatur, vide Alex. *consil.* 68. *in* 2. *vol. in antepen. col. in fin. et in princ. et in* 4. *vol. cons.* 35. *in* 1. *col. per totum et in* 2. *in princ.* ubi ponit de mero et mixto imperio, et quae dicantur esse de jurisdictione. Et an jurisdictio quaeratur, et probetur ex consuetudine, *vide Corneum consil.* 268. *in* 4. *vol.*

cosa comune, perchè in essa è migliore la condizione del possidente e perchè la servitù non può imporsi parzialmente.

(2) *In d. l. pro parte ff. de serv. et l. proprium ff. communi praed. et l. si quis,* § 1. *eod. tit.*

(*) *Memoria del contrario.* Aggiungi Alessandro cons. 6, col. 1, vol. 1, e cons. 7, col. 1, vol. 1.

(**) *Aver giurisdizione.* Che cosa sia giurisdizione ed in quante specie si divida vedi Alessandro *cons.* 68, *vol.* 2, *col. antipen. in fine e princ. e nel* 4 *vol. cons.* 35, *col.* 1 *intera e nella* 2 *in princ.* ove parla del mero e misto imperio e di quelle cose che si dicono appartenere alla giurisdizione. E se la giurisdizione s'acquisti e si provi colla consuetudine, *vedi in Corneo cons.* 268, *vol.* 4.

ANNOTAZIONI AL CAPO XVI.

(*a*) La servitù prediale è imposta sul fondo di uno a vantaggio del fondo di un altro.

Essendo imposta su un fondo, vi sarebbe ragione di più per ritenere, come ho osservato all'annotazione *k* del Capo XIV, che non vi possa essere servitù di servitù.

Infatti se aggrava un fondo non può aggravare altra servitù che è un diritto.

Può essere poi imposta tanto sul suolo e sulla superficie, quanto sul solo suolo, quanto sulla sola superficie di un immobile.

Superficie, secondo il Richeri (Dizionario del diritto civile canonico ecc. a questa voce), è tutto quello che sta sopra la faccia del suolo, come le viti e gli alberi.

Nell' Haimberger (Diritto romano privato e puro § 232) essa è definita un edifizio esistente sul fondo altrui e ad esso inerente, ovvero una camera superiore che appoggia al sottoposto edifizio altrui.

Il Mackeldey poi (Diritto romano odierno § 300) dice essere superficie tutto quello che trovasi sopra il suolo di un terreno o sopra un edifizio e che per natura o per arte vi è talmente inerente da formarne parte, come le case, le viti, gli alberi.

Superficie sembrami dunque potersi dire tutto ciò ch' esiste sopra il suolo di un terreno proprio od altrui, come un edifizio, gli alberi, le viti, ovvero ch' esiste sopra un edifizio egualmente proprio od altrui, come il piano di una casa soprapposto all' altro e che vi è poi congiunto in modo da formarne parte integrante.

La servitù prediale aggrava suolo e superficie nell' esempio seguente:

Il suolo, il primo piano di una casa, e le relative scale sono mia esclusiva proprietà.

Ma altri è proprietario esclusivo del secondo piano della stessa casa.

Per accedervi ha la semplice servitù attiva del passaggio sul mio suolo e per le mie scale.

Suolo e superficie del mio immobile sono dunque aggravati da quella servitù.

La servitù poi aggrava il suolo soltanto, quando p. e. il mio campo debba tollerare il passaggio, cui altri ha diritto, per entrare nel suo.

Aggrava finalmente la sola superficie, quando p. e. il mio muro tollerar debba che la casa vicina altrui v' immetta la propria trave.

E per opposto, la servitù prediale può andare a vantaggio tanto del suolo e della superficie, quanto del suolo solo, quanto della sola superficie di un immobile.

P. e. una servitù a vantaggio di un terreno piantato a viti, quando non emerga il contrario dal titolo, va a vantaggio e del suolo e delle viti, cioè della superficie. Sicchè deperite o levate le viti andrebbe a vantaggio del suolo.

La servitù che ho di passare pel campo altrui onde entrare nel mio va a vantaggio del solo mio suolo.

La servitù di appoggiare il mio edifizio su quello del mio vicino è dovuta al mio edifizio, quindi alla superficie.

Digitized by Google

(b) A proposito della servitù sul mare, della quale parla l' autore, ecco le mie osservazioni.

Distinguo, secondo i pubblicisti, il territorio marittimo di uno Stato dal mare al di là di esso, dal mare cioè alto o pieno.

Quel territorio marittimo si estende ai porti, alle baie, alle foci dei fiumi, alle parti di mare nello Stato rinchiuse (meers enclavées); allo spazio di una lega marittima dalle coste, ovvero a quella distanza cui giunger possa dalla riva una palla da cannone, finalmente agli stretti che uniscono due mari e che sono a portata del cannone delle due rive.

Tutto il di più è alto o pieno mare.

Il mare alto o pieno è libero. Nessuno ne ha la proprietà.

Tutti gli Stati, tutti gli uomini ne hanno l' uso comune.

Nessuno ne ha la proprietà, perchè per averla converrebbe che taluno potesse acquistarne e conservarne il possesso. Ma nessuno può acquistare e conservare quel possesso sul mare alto o pieno.

Esso poi è come l' aria un elemento comune a tutti gli uomini.

Non potendo essere posseduto da nessuno, ed essendo cosa in uso di tutti, nè Stati, nè privati ponno assoggettarlo a servitù, le quali presuppongono che taluno abbia la proprietà od almeno il possesso della cosa ad esse assoggettata, art. 637 del Codice Napoleone e § 472 del Codice austriaco.

Se non può essere assoggettato a servitù nessuno può acquistarne su esso.

La navigazione e la pesca in mare sono libere a tutti.

Sono l'esercizio di una facoltà su cosa in uso comune di tutti, non propria di qualcuno.

Non sono l' esercizio di una servitù, la quale presuppone sempre l' aggravio di una cosa in proprietà od almeno in possesso di taluno.

E se i Governi nell' interesse dello Stato e dei governati assoggettano quell' esercizio a licenze ed a regole il fanno per riguardi di sicurezza di polizia, di finanza, per riguardi di diritto politico. Facendolo non può dirsi che assoggettino il mare, proprietà di nessuno, a servitù nel senso del diritto privato o civile.

Il territorio marittimo di uno Stato è proprietà di esso.

Ma non è proprietà patrimoniale o demaniale di quello Stato destinata a somministrargli i redditi necessarii onde far fronte ai proprii bisogni.

È *invece* una proprietà sotto certe limitazioni e verso la osservanza di certe norme *lasciata in uso* comune e pubblico dei membri di esso, uso comune e pubblico in regola non proibito nemmeno ai membri di Stati stranieri.

È quella cosa non suscettibile di proprietà privata di cui parla l' art. 538 del Codice Napoleone. È quel bene universale o pubblico di cui fa cenno il § 287 del Codice austriaco.

1.° Il territorio marittimo di uno Stato è lasciato in uso comune e pubblico dei membri di esso.

Così p. e. presso noi pel § 3 del regolamento 30 giugno 1825 al piccolo cabottaggio, ossia alla navigazione lungo il litorale, ossia nel distretto soggetto ad un governo marittimo, sono abilitati i soli legni austriaci e ne sono esclusi gli stranieri.

Così presso noi l' esercizio della pesca in mare sulle coste austriache dell' Adriatico pel tratto di una lega marittima da esse è per l' art. 1.° del regolamento 4 decembre 1835 riservato ai soli abitanti del litorale, mentre al di là è libero a tutti, nazionali e stranieri.

2.° L' uso comune e pubblico del territorio marittimo di uno Stato non è proibito in regola nemmeno ai membri di Stati stranieri.

Così p. e. la navigazione pel nostro territorio marittimo, l' approdo nei nostri porti non è, come è noto, proibita in regola nemmeno ai legni stranieri.

Dico in regola perchè in ispecie pel § 1.° della ministeriale ordinanza del 29 gennaio 1850 è proibito, tranne il caso di urgente pericolo, ai legni da guerra esterni di approdare nei porti militari austriaci e perchè, come ho notato di sopra, ai legni stranieri è proibito navigare al piccolo cabottaggio lungo il nostro litorale.

3.° Il territorio marittimo di uno Stato è lasciato in uso comune e pubblico, sotto certe limitazioni e verso la osservanza di certe norme.

Così p. e. presso noi, come pure ho notato, la pesca in mare sulle coste austriache dell' Adriatico per una lega marittima da esse è riservata ai soli membri dello Stato che abitano quelle coste, e non è conceduta ad altri nè nazionali nè stranieri.

Digitized by Google

Così per le leggi degli Stati chi vuol navigare e pescare anche nel territorio marittimo deve ottenere la licenza dal relativo Stato e deve assoggettarsi alle norme ch' esso ha voluto prescrivere.

Se dunque il territorio marittimo di uno Stato è destinato ad un uso comune e pubblico, l' esercizio di siffatto uso non può essere considerato una servitù secondo il diritto civile, perchè questa servitù presuppone un uso che dirò singolare per contrapporlo al comune, un uso privato.

Un uso privato e singolare nel territorio marittimo pel titolo di quella servitù lederebbe poi l'uso pubblico e comune di esso. Dunque quella servitù non può esservi nè imposta nè acquistata.

E quando lo Stato limita ed assoggetta a norme l' uso comune e pubblico del suo territorio marittimo, il fa anche qui per riguardi di sicurezza di polizia, di finanza, per riguardi di diritto politico. Non v' impone una servitù nel senso del diritto privato e civile.

Limita poi, dà norme ad un uso bensì pubblico e comune, ma un uso di cosa ch' è sempre sua proprietà.

Limita, regola in ultima analisi l' uso della cosa propria. Non impone servitù che presuppongono l' aggravio della cosa altrui.

A mio credere poi non può dirsi nemmeno veramente servitù sul territorio marittimo quale la concepisce la legge civile, quel diritto esclusivo che su qualche spazio di quel territorio compete a privati di rinserrarvi e di raccogliervi il pesce in quelle che in qualche luogo delle coste austriache diconsi *peschiere*.

Parmi che quel diritto, piuttosto che una servitù su quello spazio del territorio marittimo, a senso della legge civile, sia il diritto di acquistare la proprietà del pesce ivi rinserrato e raccolto.

Finalmente, parlando di servitù prediali in ispecie, non saprei come si potesse immaginarne soggetti il mare od il territorio marittimo di uno Stato. Voglio anche supporli come fondo serviente. Ma dove sarebbe il fondo dominante? E senza fondi dominante e serviente, come può concepirsi servitù prediale?

Parlando poi pure in ispecie delle servitù che il Codice austriaco chiama personali e che dal Codice Napoleone sono nominate diritti di godimento, parmi aver dimostrato che non vi possano essere soggetti nè il mare nè il territorio marittimo.

Mi pare anche che ai giorni nostri non si possa parlare di una sovranità sul mare alto e pieno qual era quella cui sull' Adriatico fece a' suoi tempi pretensione la Repubblica di Venezia.

È noto infatti che nel dì dell' Ascensione il Doge di quella repubblica sposava dal Bucintoro quel mare gittandovi l' anello in segno di vero e perpetuo dominio.

È noto eziandio, avere quel sommo ingegno di fra Paolo Sarpi difeso quella pretensione nel suo scritto sul dominio del mare adriatico ecc.

Ma anche il mare libero ebbe suoi difensori. E poi la sovranità di uno Stato sul mare non fu generalmente riconosciuta.

Chi sull' argomento della presente annotazione saper volesse qualche cosa di meglio e di più potrà leggere il Vattel, che ancora fa autorità in materia di diritto delle genti, libro 1, capo 23 del suo trattato su quel diritto, ed il Wheaton pubblicista riputato dei giorni nostri, volume 1, pagina 168 e seguenti della sua opera da me citata all' annotazione *c* del Capo II.

(*c*) Vengo ora alle servitù sui luoghi sacri e religiosi, di cui parla l'autore, sieno poi prediali, o personali secondo il Codice austriaco o diritti di godimento, come chiama queste ultime il Codice Napoleone.

Per usare una espressione più breve adopero la parola servitù per dinotare anche quei diritti di godimento, che a ben considerarli sono poi servitù personali come le intende il Codice austriaco.

1.° Fra le cose sagre si annoverano principalmente le chiese.

La chiesa come edifizio è quel luogo sagro (consagrato) ch' è appositamente destinato al pubblico divino culto e che accoglie i fedeli che adempiono i doveri di quel culto.

Sia la chiesa come luogo sagro una di quelle cose di diritto divino che i Romani consideravano di nessuno; sia proprietà dello Stato; lo sia invece del Comune nel quale è aperta, essa è destinata al pubblico divino culto a vantaggio di tutti i fedeli.

Digitized by Google

Finchè è destinata a quel culto, essa è cosa fuor di commercio. Dunque è inalienabile, perchè l' alienazione la sottrarrebbe alla sua destinazione. Dunque non è ipotecabile, perchè la ipoteca condur può a quell' alienazione.

Finch' è destinata al pubblico divino culto a vantaggio di tutti i fedeli, essi ne hanno il comune e pubblico uso. Quell' uso comune e pubblico non può essere, leso da un uso singolare, esclusivo, privato. Dunque su essa in regola nessun privato può pretendere di esercitare nemmeno una servitù nel senso della legge civile, servitù che presuppone sempre quell' uso singolare, esclusivo, privato. In regola dunque servitù non ponno esservi acquistate.

Quindi l' accedere dei fedeli al tempio per adorarvi Iddio non può essere riguardato come una servitù a loro vantaggio.

L' uso che così ne fanno non è un uso esclusivo privato. È una parte dell' uso comune e pubblico che ognuno di essi ne fa in concorrenza con tutti gli altri.

Quindi nessun privato può far pretensione al diritto di tenere in chiesa una panca. Ciò fu deciso secondo la legge austriaca anche da tre sentenze conformi riportate nel Giornale di giurisprudenza pratica di Venezia dell' anno 1853 n. 9.

Perciò specialmente ora che non si seppellisce nelle chiese, nessun privato può far valere diritto a vedervi conservata l' arca o la lapide sepolcrale della propria famiglia.

Perciò finalmente quei privati che assister ponno in qualche chiesa alla celebrazione dei divini uffizii in apposite tribune loro riservate, non potrebbero sostenere di aver diritto a farlo a titolo di servitù.

Se la chiesa è di diritto comune e pubblico di tutti i fedeli non posso immaginare un diritto esclusivo, singolare, privato per parte di taluno di essi. Ciò ch' è ad uso comune di tutti non può essere ad uso esclusivo, singolare, di alcuni o di un solo. Il primo uso toglie il secondo, come il secondo toglierebbe il primo. Non havvi ad un tempo comunanza ed esclusività.

Ma le panche, le arche, le lapidi, le tribune stanno in chiesa. Vi stanno non per obbligo della chiesa, che fondi, a favor di coloro per cui stanno, un diritto. Vi stanno per semplice tolleranza. E la tolleranza può esser fatta ad ogni momento cessare.

Ho detto che gli edifizii delle chiese fino a che dura la sagra loro destinazione non sono in regola suscettibili di servitù nel senso della legge civile.

Ho detto in regola, perchè ove una servitù nè togliesse nè turbasse quella sagra destinazione, non vedrei perchè non potesse assolutamente essere acquistata ed imposta anche sull' edifizio di una chiesa.

In tutto quello infatti che non riguarda la suddetta sagra destinazione crederei di poter considerare l' edifizio di una chiesa come ogni altro edifizio.

Ed in tale ipotesi, perchè non potrei p. e. far sostenere al muro esterno di una chiesa *il peso di* un mio edifizio, o conservarvi una trave che vi avessi immesso, quando per concessione o per usucapione avessi acquistato il relativo diritto di servitù prediale?

Tolta poi regolarmente una chiesa alla sagra sua destinazione essa diventa in tutto e per tutto come ogni altro edifizio privato. Rientra in commercio. È alienabile, ipotecabile, assoggettabile a servitù.

2.° Fra le cose religiose poi si annoverano specialmente i cimiterii.

Essi sono quello spazio religioso (benedetto) di terreno ch' è destinato in ogni Comune alla sepoltura dei morti.

Presso noi per l' art. 75 del decreto italiano 5 settembre 1806, n. 198, per l' art. 14 dell' altro decreto 1.° marzo 1810, n. 20, e per l' art. 22 del decreto 3 gennaio 1811, n. 2, nessuno, ad eccezione dei vescovi, può essere seppellito fuori del cimitero comunale.

Il cimitero è bensì proprietà comunale, ma destinata all' uso pubblico e comune di seppellirvi i morti.

Come cosa religiosa destinata alla sepoltura dei morti dev' essere, fino a che dura quella destinazione, cosa fuor di commercio.

Non è quindi nè alienabile nè ipotecabile per quello che ho detto in riguardo alla chiesa.

Perchè non sia turbata la religiosa sua destinazione, l' art. 15 del decreto 3 gennaio 1811 n. 2, vieta nel cimitero ogni piantagione di alberi, ogni coltivazione del terreno. Vi proibisce pure ogni accesso di animali onde pascervi le erbe. E per l' art. 16 il cimitero è cinto di muri ed è chiuso con porta.

Digitized by Google

Come cosa religiosa di uso pubblico e comune fin che dura quella sua destinazione non può essere in regola assoggettato a senso della legge civile a servitù che presupponendo un uso singolare e privato, lederebbero quell' uso pubblico e comune.

Perciò l' accedervi dei privati per condurre ed accompagnare i morti al luogo dell' ultimo terrestre loro riposo non potrebb' essere considerato come l' esercizio di un diritto di servitù per ciò che ho detto intorno all' accesso dei fedeli alla chiesa.

Gli stessi monumenti sepolcrali o sepolcri di famiglia che, secondo l' art. 14 del suddetto decreto del 1811, ponno essere eretti nei cimiterii, non mi sembrano veramente fondare un diritto di servitù a favore delle relative famiglie. Non mi sembrano diritti che producano obblighi. Mi sembrano atti di semplice tolleranza, come quelli dei quali ho parlato favellando delle chiese.

Ho detto che i cimiterii fino a che dura la religiosa loro destinazione non ponno in regola essere assoggettati a servitù quali le contempla la legge civile.

Ciò ho detto perchè mi sembrerebbe che ne potesse essere acquistata ed imposta taluna, quando non togliesse o non turbasse per nulla quella destinazione.

Anche pel § 1 delle istruzioni emanate dal Governo di Venezia nel 4 luglio 1827 al n. 23818, i cimiterii deggiono essere costruiti alla distanza di 200 metri da ogni abitazione, quando ciò ottenersi possa senza grande disappunto.

Dev' essere dunque rarissimo il caso che un' abitazione giaccia in tal sito da poter p. e. acquistare il diritto d' immettere la propria trave nel muro che cinge un cimitero.

Ma sebbene rarissimo, tal caso non è del tutto fuori di ogni possibilità.

Ed allora, perchè ove il diritto di servitù prediale ne fosse stato validamente acquistato, quella trave non potrebb' esservi immessa e conservata? In qual modo quella servitù toglierebbe o turberebbe la religiosa destinazione del cimitero, di essere luogo dell' ultimo terreno riposo dei morti?

Tolto poi il cimitero a quella sua destinazione, dopo osservate le norme prescritte dall' art. 20 del decreto italiano del 3 gennaio 1811 n. 2, esso diventa del tutto eguale ad ogni altro terreno spettante al patrimonio del Comune. Rientra in commercio. È alienabile, ipotecabile ed assoggettabile a servitù.

Altre cose religiose vi hanno come p. e. gli edificii dei monasteri.

Anche per essi credo brevemente di poter dire che non possano esservi imposte quelle servitù che tolgano o turbino la religiosa loro destinazione, e che quelle che per nulla la tolgano o la turbino, possano esservi imposte.

(*d*) Anche riguardo alle servitù che l' autore dice non potersi imporre su luoghi o cose pubbliche avverto che quando parlo di servitù in genere vi comprendo anche quelle che il Codice austriaco qualifica personali e che il Codice Napoleone appella diritti di godimento di una cosa.

Ciò premesso, osservo che per cose o beni pubblici intendo principalmente quelli di proprietà dello Stato.

Dico principalmente perchè non credo di poter escludere affatto dai beni o cose pubbliche alcuni beni dei Comuni che non ponno del tutto considerarsi di natura privata.

Tali sono p. e. le strade ed altre proprietà comunali, la cui essenziale destinazione si è quella di servire all' uso pubblico e comune di tutti e che in questo riguardo sono beni anch' essi veramente pubblici.

Divido poi le cose o beni di proprietà dello Stato:

1.° in quelli che ne formano il patrimonio demaniale, e che sono destinati a fornire allo Stato i redditi onde supplire ai suoi bisogni, come p. e., parlando d' immobili, le case ed i terreni campestri di sua proprietà;

2.° in quelli che sono ad esso riservati per usi e con destinazioni particolari, come p. e. le fortezze, i bastioni, le fosse delle piazze di guerra e tutto ciò che riguarda la militare difesa del paese;

3.° in quelli che sono lasciati ad uso pubblico e comune di tutti, come i fiumi destinati alla navigazione ed al trasporto, le strade maestre o regie destinate al passaggio e trasporto appunto di tutti.

Divido poi le cose o beni di proprietà di un Comune:

1.° in quelli che formano il patrimonio comunale, i cui redditi sono destinati a sostenere le spese della comunità;

Digitized by Google

2.° in quelli che sono lasciati ad uso pubblico e comune, come p. e. le strade comunali e le vie di una città destinate al pubblico passaggio e trasporto.

In quanto al patrimonio demaniale dello Stato ed al patrimonio del Comune esso deve essere considerato in regola come ogni altra proprietà privata. Ciò ammesso non vedrei perchè p. e. una casa od un terreno campestre dello Stato o di un Comune non potesse essere assoggettata a servitù secondo la legge civile.

In quanto ai beni riservati allo Stato per usi e destinazioni particolari, distinguerei:

O la servitù toglie o turba quella destinazione o no. Se sì, sembrami che non possa esservi imposta. Se no, non vedrei perchè non potesse esserlo.

Ammetto p. e. che non potrei imporre il peso del mio edifizio su una porta o su un bastione di una fortezza, perchè quegli oggetti deggiono essere liberi da ogni impedimento onde servire alla loro guerresca destinazione.

Ma non ammetto che non potessi assolutamente godere del diritto innocuo di far scolare le acque del mio terreno nelle fosse di una fortezza destinate a contener acqua.

In quanto finalmente ai beni dello Stato o di un Comune lasciati in pubblico e comune uso anche qui distinguerei:

La loro destinazione si è quella di servire al suddetto uso pubblico e comune.

In tutto quello che tocca, toglie, turba quella destinazione, finch' essa dura, un uso singolare, esclusivo, privato mi sembra con quel comune e pubblico uso inconciliabile. Dunque da questo lato non mi sembra ammissibile una servitù, la quale presuppone sempre quell' uso singolare, esclusivo, privato.

In tutto quello invece che non tocca nè toglie nè turba quella destinazione non vedrei perchè quell' uso singolare esclusivo privato non potesse assolutamente aver luogo. Non vedrei perchè su quei beni non potesse essere imposta una servitù che lascierebbe intatta la suddetta destinazione.

Mi spiego:

Un fiume navigabile od atto a trasporti è essenzialmente e principalmente destinato alla navigazione ed al trasporto a vantaggio di tutti.

Una strada regia o comunale è essenzialmente e principalmente destinata al passaggio ed al trasporto pure a vantaggio di tutti.

Una via in una città è egualmente destinata al pubblico passaggio e trasporto, a dare accesso alle case che la fronteggiano, a tollerare le porte e le finestre di quelle case.

Chi naviga pel fiume, chi passa per la strada regia o comunale, chi entra ed esce da una casa posta sulla via di una città, non può dirsi che eserciti sul fiume, sulla strada, sulla via un diritto di servitù nel senso della legge civile. Non ne ha quell' uso singolare e privato che siffatta servitù presuppone. Il suo uso è una parte dell' uso pubblico e comune *a tutti spettante*. È un uso fattone in concorrenza con tutti gli altri. Non può essere e non *è quella* servitù.

Due sentenze conformi dei Tribunali di Lombardia riportate dalla Gazzetta dei Tribunali di Milano, anno 1851 pag. 312, giudicarono che strade e contrade per essere pubbliche e destinate ad uso pubblico non potevano cadere in dominio e possesso privato, nè potevano essere prescritte ed usucapite.

Giudicarono che i privati coll' aprire finestre e con altre opere su strade e contrade non acquistavano verun diritto sulla cosa pubblica, ma usavano naturalmente di quella specie di proprietà ch' è lasciata libera al pubblico perchè la possa godere.

Mi pare quindi che abbiano implicitamente giudicato che quell' aprimento di porte e finestre e quelle opere non inducevano servitù a senso della legge civile su quelle strade e contrade.

E mi pare che da questo lato abbiano bene giudicato.

Al contrario due sentenze dei Tribunali di Genova, pure riportate dalla suddetta Gazzetta alla successiva pagina 317, decisero che le strade pubbliche di una città o di un Comune potevano essere ritenute gravate di una servitù a favore dei privati che le fronteggiano in riguardo alla entrata ed alla luce.

Mi pare che non abbiano bene giudicato.

Ma se come ho notato la navigazione sul fiume, il passaggio su una strada regia o comunale, la entrata e la uscita da una casa sulla via di una città non sono servitù, non è meno vero, che servitù su quel fiume, su quella strada, su quella via possono benissimo essere imposte quando non tolgano e non turbino la essenziale pubblica destina-

Digitized by Google

zione di quei pubblici beni, e che all' opposto quando la tolgano e la turbino non possono esserlo.

Così derivazioni di acqua da fiume navigabile a vantaggio dell'agricoltura e della industria non ponno aver luogo ove tolgano o turbino la principale ed essenziale destinazione di esso, ch' è quella di servire alla navigazione.

Ma ponno avere ed hanno continuamente luogo quando non nuociano a quella destinazione.

Così non potrò avere il diritto di scaricare dal mio terreno sopra una strada regia o comunale una colonna d' acqua in modo da intercettare o difficultare il pubblico passaggio e trasporto su quella strada.

Ma potrò avere il diritto di farnela trascorrere sotto la strada mediante acconcio manufatto ed in modo del tutto innocuo.

Così finalmente non potrò avere il diritto d' intercettare il pubblico passaggio su una contrada della città attraversandola con un passaggio chiuso che avessi stabilito a privato mio uso sul suolo di essa per andare da una ad altra mia casa.

Ma potrò benissimo acquistare il diritto di congiungere quelle due mie case con un passaggio chiuso praticato nello spazio di aria perpendicolare alla via urbana ad altezza tale che non impedisca per nulla il libero comune pubblico uso di essa.

E questi diritti che potrei avere, sono vere servitù prediali.

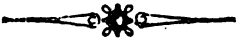
Infatti il fiume, la strada regia o comunale, la contrada della città sarebbero i fondi servienti obbligati a tollerare, il fiume la estrazione dell' acqua onde irrigare il mio terreno od animare il mio opifizio, la strada lo scarico dell' acqua a vantaggio del mio campo, la contrada il passaggio chiuso a pro delle mie case.

E all'opposto il terreno, l'opifizio, il campo, le case a cui vantaggio andrebbero quelle tolleranze sarebbero i fondi dominanti.

Vi sarebbero due proprietarii, due fondi, la tolleranza di un servigio. Dunque una servitù prediale.

Nè si dica ch' essendo i suddetti diritti rivocabili, ogni qualvolta l' interesse generale della pubblica navigazione, del pubblico passaggio, od altro pubblico eminente riguardo esigano che sieno rivocati, essi non sono servitù ma precarii. Sono bensì precarii ma hanno tutti i caratteri delle servitù. Sono sebbene precarie, vere servitù come prova anche il Romagnosi nel vol. I pag. 312 della sua Condotta delle acque, Milano tipografia di Commercio 1822.

Cessata poi su un bene pubblico quella destinazione essenziale che dovendo rimanere intatta, può impedire, fino a che dura, lo stabilimento di servitù a suo aggravio, esso diventa come ogni altra proprietà privata, e lo stabilimento di servitù su siffatta proprietà non può incontrare alcun obbietto. Tale sarebbe, p. e., il caso di un fiume che cessasse di essere navigabile ed atto a trasporti, di una strada regia o comunale che cessasse di essere strada ecc.



Digitized by Google

CAPUT XVII.

QUAE SUNT NECESSARIA, UT SERVITUS CONSTITUATUR, ET EI QUASI POSSESSIO ACQUIRATUR.

I. Servitus *neque ad tempus, neque ex tempore, neque sub conditione, neque ad certam conditionem constitui potest.* — II. *Quasi possessio servitutis ut acquiratur, duo principaliter requiruntur.*

Sexto principaliter aperiamus breviter, quae sint necessaria ad hoc, ut servitus constituatur, et ejus quasi possessio acquiratur. Multa enim ad hoc sunt necessaria, ut servitus constitui possit. Primum est ex persona constituentis: videlicet, ut sit talis, qui possit eam constituere: et quis sit iste, vide supra in 3 quaest. principali, *ubi plene disputavi. Secundum est ex parte ejus, cui constituitur, ut sit habilis ad acquirendum, et de isto dixi supra* in 4. quaest. principali, *ita quod praedium requiritur ex parte constituentis servitutem, et praedium etiam ex parte ejus constituitur* (1). *Tertium est respectu rei, in qua servitus constituitur, ut sit talis, in qua servitus constitui possit: quod declarat,* ut dixi in praecedenti quaestion. principali. *Quartum necessarium est, ut*

CAPO XVII.

QUALI COSE SIENO NECESSARIE, AFFINCHÈ LA SERVITÙ SI COSTITUISCA E SI ACQUISTI AD ESSA IL QUASI POSSESSO.

I. La servitù non può costituirsi nè a tempo, nè da un certo tempo, nè sotto condizione, nè per una certa condizione. — II. Due cose principalmente si richieggono per acquistare il quasi-possesso delle servitù.

In sesto luogo principalmente indicheremo con brevità, quali cose sieno necessarie onde la servitù si costituisca e si acquisti il suo quasi-possesso. Imperocchè molti requisiti s' addimostrano necessarii alla sua costituzione. Il primo dipende dalla persona di chi la costituisce; cioè, che sia tale che il possa fare; e quale sia questi, *vedi nella* 3 *questione principale*, dove pienamente n'ho trattato. Il secondo dipende dalla persona di quello a favore del quale la servitù è costituita; cioè, che sia abile ad acquistare, e di ciò parlai più sopra *nella* 4 *questione principale*, ove dissi richiedersi un fondo da parte del costituente ed un altro da parte di colui a cui favore la servitù è costituita. Il terzo è in riguardo della cosa, nella quale la servitù si costituisce: cioè, che sia tale su cui essa possa essere stabilita; il che spiega

Digitized by Google

vitus constituatur in totum, non autem pro parte (1), *licet ad certam partem fundi pro diviso possit constitui* (2).

I. *Sextum, quod servitus pure constituatur: nam ipso jure neque ad tempus, neque ex tempore, neque sub conditione, neque ad certam conditionem* (*), *constitui potest* (3). *Septimum est respectu loci, ut locus medius impediens servitutem non interveniat: sicut si esset sacer vel, religiosus* (4), *et etiam aliquis aliquando* (5), *de quo plenius dicam in proxima quaestione, quae impediant servitutem constituendam. Octavum, ut constituatur per verba juris, hoc est sonantia in jus, ut puta, concedo tibi jus eundi per fundum meum: non autem per verba sonantia in factum, ut puta, concedo tibi ire et agere per fundum meum, quia tunc esset potius jus personale* (6), *et dixi plene supra in diffinitione servitutis realis et praedialis et in illa quaest. quomodo cognoscatur, quando sunt servitutes reales et praediales. Nonum, quod jus insit in praedio dominante active, et in praedio serviente passive ita, quod non insit personae, sed rei, ut ibidem bene dixi. Decimum, quod istud jus servitutis constitutae respiciat et concernat utilitatem praedii dominantis, alias servitus non esset* (7). *Undecimum, quod alterius praedii seu libertatem diminuat* (8), *dictum est in dicta diffinitione. Duodecimum et ultimum, quod interveniant verba solemnia ad constituendum, puta per stipulationem, vel in testamento, vel codicillis, vel in contractu, vel in donatione* (**) *et simil.* (9).

II. *Ad hoc autem, ut quasi possessio servitutis acquiratur, duo principaliter requiruntur. Primo usus utentis servitute. Alterum, patientia alterius rem possidentis, quae servitutem debet* (10), *quae patientia non dicitur, nisi sciat eum uti quasi intendentem acquirere servitutem* (11),

(1) *Ut l. pro parte, ff. de serv. et l. si quis duas, § 1. comm. praed.*

(2) *Ut l. ad certam de serv. et not. gloss. in d.*

costituita per intero, non in parte, benchè si possa costituire divisamente su certa parte del fondo (*a*).

I. Sesto è che la servitù sia puramente costituita, imperciocchè di diritto non può stabilirsi nè a tempo, nè da un certo tempo, nè sotto condizione, nè per una data condizione (*) (*b*). Il settimo requisito è in riguardo del luogo, cioè che non sia frapposto un luogo medio che impedisca la servitù, come sarebbe un luogo sacro o religioso, od anche talun altro alle volte, de che parlerò più pienamente nella questione seguente: *Quali cose impediscano che si costituisca la servitù* (*c*). Ottavo è che si stabilisca mediante parole di diritto, cioè a dire, che suonino in diritto, come: ti concedo il diritto di andare pel mio fondo; non già mediante parole che suonino nel fatto, come: ti prometto di andare e fare nel mio fondo; perchè allora sarebbe piuttosto diritto personale. Intorno a ciò trattai ampiamente nella definizione della servitù reale e prediale e nella questione: *In qual modo si conosca quando le servitù sieno reali o prediali* (*d*). Nono requisito è che il diritto sia in modo attivo nel fondo dominante, ed in passivo nel fondo serviente, così che non si trovi nella persona, ma sì nella cosa, come già ben dissi (*e*). Decimo, che questo diritto di servitù costituita risguardi e concerna il vantaggio del fondo dominante; altrimenti non sarebbe servitù. Undecimo, che diminuisca la libertà di un altro fondo, come dissi nella suddetta definizione (*f*). Duodecimo ed ultimo, che la costituzione si faccia con parole solenni, verbigrazia per istipulazione, o nel testamento, o nei codicilli, o nel contratto, o nella donazione (**) e simili.

II. Affinchè poi si acquisti il quasi-possesso della servitù, due cose precipuamente si dimandano: prima, l'uso di chi si giova della servitù; seconda, la pazienza di chi possede la cosa obbligata a servitù; la quale pazienza non si dice esistere in lui, ove non sappia che il primo usa quasi coll' intenzione

(7) *Text. est in l. quoties 15. in princip. de serv. et dixi in dicta diffinitione.*

(8) *Ut l. stipulatio ista, § si quis forte de verb.*

Digitized by Google

et vide de hac materia per leges et Dd. ubi ponunt et examinant, quomodo et qualiter acquiratur quasi possessio in juribus incorporalibus, ubi videre poteris per te.

ne di acquistare la servitù (*g*). Potrai conoscere poi da te solo in qual modo e come si acquista il quasi-possesso dei diritti incorporali, consultando le leggi ed i Dottori che propongono ed esaminano questo punto.

cum dilectus, in gloss. recuperanda, extr. de capel. mon. et in c. in literis, de restitut. spol. et plenissime per Bald. 1. l. 2. de servit. et plene Florent. in d. l. servit.

(*) *Conditio.* Quae sint verba importantia conditionem, vide Alexan. *consil.* 202. *in* 2. *colum.* § *nam dicta verba in* 1. *volum.* et quando verba possunt se habere ad conditionem et modum, quomodo debeant poteri capi. *consil. etiam* 202. *in ea. col.* § *confirmo quia, et in* 4. *vol. consil.* 40. ubi ponit quae verba faciant conditionem.

(**) *Donatio,* Adde Alexan. *consil.* 25. *in fin. in* 2. *colum. et in* 3. *volum. consil.* 53, *in antepen. colum. versic. venio ad secundum.* Et quomodo statutum loquens de donatione, habeat locum in donatione ob causam, vel sub modo, *habes consil.* 53. *in pen. et ult. colum. et consil.* 78. *in fin. in* 3. *vol.* Et an donatio inter vir. et uxor. firmetur juramento, vide Corn. *Consil.* 41. *in* 3. *volum.* et an valeat donatio facta per minorem cum juramento, *consil.* 104. *in dicto volum.*

(*) *Condizione.* Quali sieno le parole che importano condizione, vedi in Alessandro *cons.* 202, *col.* 2, § *nam dicta verba, vol.* 1, e quando le parole possano aversi per condizione e modo, e in qual modo debbano essere intese, vedi nel *cons. stesso* 202, *colon. stessa, e nel* 4 *vol. cons.* 40, dove stabilisce quali parole valgano per condizione.

(**) *Donazione.* Aggiungi Alessandro *cons.* 25 *in fine, vol.* 2; *e nel* 3 *vol. cons.* 53, *colon. antepen. versetto: venio ad secundum.* E come lo statuto che parla della donazione si applichi alla donazione per causa o condizione, *vedi il cons.* 53, *col. penult. ed ult. e il cons.* 78 *in fine, vol.* 3. E se la donazione fra il marito e la moglie si raffermi col giuramento vedi il Corneo, *cons.* 41, *vol.* 3, e se valga la donazione fatta dal minore con giuramento, *cons.* 41, *stesso volume.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XVII.

(*a*) Nelle annotazioni ai precedenti capi XIV, XV, XVI ho parlato delle persone che ponno o non ponno costituire od acquistare servitù prediali e delle cose sulle quali ponno o non ponno essere costituite.

Sulla indivisibilità delle servitù ho poi parlato nelle annotazioni al Capo X.

(*b*) *Nulla osta* che quelle servitù prediali che il Codice Napoleone chiama stabilite per fatto dell' uomo e che pel § 480 del Codice austriaco hanno fondamento nella convenzione, nell'atto di ultima volontà, ed anche nella sentenza del giudice sieno costituite per un tempo determinato od indeterminato, ovvero sotto qualche condizione.

L' art. 686 del Codice Napoleone dice essere permesso ai proprietarii di stabilire sui *loro fondi* o a benefizio di essi tutte quelle servitù che sembrino loro opportune colla limitazione però che sieno imposte ad un fondo e ad uso di altrui fondo, e che non sieno contrarie all' ordine pubblico.

Dice che il titolo che le costituisce ne regola non solo l' esercizio ma anche la estensione, e che solo mancando il titolo subentra la legge a regolarle.

Se dunque sotto le limitazioni dell' art. 686 è permesso ai proprietarii di stabilire sui loro fondi ad uso di altrui fondi qualunque servitù loro sembri opportuna, e se il titolo relativo o la legge regolano e l' esercizio e la estensione di quella qualunque servitù, par certo che possano costituirne anche a tempo, anche sotto condizione.

Il § 526 poi del Codice austriaco ammette non solo che una servitù esser possa limitata a tempo, ma ammette anche che il diritto di chi l' ha costituita sia meramente temporaneo, sicchè essa possa nel primo caso cessare col giungere del tempo e nel secondo colla cessazione del temporaneo diritto. Ora sarebbe diritto temporaneo ad una servitù quello che al verificarsi di qualche condizione dovesse cessare. Ecco dunque come la servitù prediale può essere costituita non solo a tempo, ma eziandio sotto condizione.

(*c*) Spiegherò nell' annotazione al susseguente Capo, se il luogo esistente fra mezzo i due fondi dominante e serviente impedisca fra essi la servitù prediale.

(*d*) In un atto fra vivi ovvero in un atto di ultima volontà, allora sì dirà essere stabilita una vera servitù prediale, quando seguendo le regole della legge civile per la inter-

Digitized by Google

pretazione delle espressioni o parole di quegli atti emerga essere stato, come ho detto alle annotazioni *b* e *c* del Capo II, stabilito che un fondo serva all' uso più comodo e più vantaggioso, insomma al vantaggio di un fondo altrui, e che a vantaggio di questo fondo altrui vi abbia per un altro fondo l'obbligo reale di tollerare o di non fare ciò che altrimenti vi potrebb' essere fatto o non vi dovrebbe essere tollerato.

(*e*) È chiaro che la identica servitù prediale, mentre è attiva pel fondo dominante che a proprio vantaggio la esercita, è passiva pel fondo serviente che a suo vantaggio la tollera. È certo egualmente che la vera servitù prediale riguarda predii e non persone.

(*f*) Anche nell' annotazione *a* del Capo XII ho detto che quando manchi ad un fondo un utile presente o futuro procacciatogli da una cosa immobile, non havvi la idea della vera servitù prediale.

È chiaro poi che quella servitù imponendo ad un fondo a vantaggio del fondo altrui l' obbligo di tollerare o di non fare qualche cosa, che altrimenti potrebb' esservi fatta o non dovrebbe esservi tollerata, diminuisce così la libertà del primo di quei due fondi. Esso cioè non ha più la libertà di fare o di non tollerare ciò che altrimenti avrebbe potuto fare o non avrebbe dovuto tollerare.

(*g*) Nelle annotazioni al Capo XIX dirò alcun che sulle differenti maniere colle quali le servitù prediali ponno in generale giungere ad esistenza.

Ma ad averle effettivamente acquistate vi vuole poi l' uso di esse per parte del fondo che ne ha il diritto, e la tolleranza per parte del fondo di altri che ne ha l' obbligo.

In somma vi vuole possesso di esse.

Questo possesso per l' art. 2228 del Codice Napoleone sta nel godimento del relativo diritto. Pel § 212 del Codice austriaco sta nel far uso in proprio nome del diritto stesso, uso egregiamente spiegato nel successivo § 313.

Digitized by Google

CAPUT XVIII.

QUAE IMPEDIUNT SERVITUTEM CONSTITUENDAM.

I. *Locus sacer, vel religiosus servitutem impedit.* — II. *Differentia inter servitutes rusticas et urbanas, in quibus consistat.* — III. *Locus medius an servitutes impediat.*

Septimo necessarium est intelligere, quae impediant constituendam servitutem.

I. *Et dicas, quod locus medius aliquando impedit, puta si est sacer vel* (*) *religiosus* (1). *Idem est, si locus publicus est medius, si per id quod debet in medio fieri, impeditur publici loci libertas, vel publicus usus, ut si vellem de domo mea in domum tuam immittere trabem: corripiendo viam publicam, vel apponere ponticellum: vel si velim de fundo tuo ad meum deducere aquam, faciendo in viam publicam rivum: his casibus ille locus publicus medius impedit servitutem constitui, nisi principaliter lege permittente* (2), *vel nisi permittente senatu* (3), *vel nisi hoc mihi liceret ex lege municipali, vel a magistratu, cui hoc competeret ex forma statuti* (4). *Item alius locus privatus impedit servitu-*

CAPO XVIII.

QUALI COSE IMPEDISCANO LA COSTITUZIONE DELLA SERVITÙ.

I. Il luogo sacro o religioso impedisce la servitù. — II. In che consista la differenza fra le servitù rustiche e le urbane. — III. Se il luogo frapposto impedisca le servitù.

In settimo luogo è necessario sapere quali ostacoli impediscano la costituzione della servitù.

I. E tu dirai che talvolta l' impedisce il luogo frapposto, per esempio se fosse sacro o (*) religioso. Così pure se il luogo fosse pubblico, quando per ciò che far si deve nel mezzo resta impedita la libertà del luogo pubblico, o il pubblico uso, come a mo' di esempio, s' io volessi dalla mia casa conficcare un trave nella tua usurpando la pubblica via, o piantare un ponticello; oppure se io volessi condur l' acqua dal tuo fondo al mio costruendo un canale nella pubblica strada. In questi casi il luogo pubblico frapposto impedisce che si stabilisca la servitù, se però una legge principalmente nol permettesse, o il concedesse il senato, o non mi fosse permesso di ciò fare per una legge municipale o per assenso di quel magistrato che in tale riguardo è competente in forza dello statuto. Anche un luogo privato poi

Digitized by Google

tem, quando ille locus est extranei, et in eo est aliquid faciendum, quousque etiam in illo servitus acquiratur (1). *Caeterum si medius locus sit constituentis servitutem, vel etiam extranei sint in illo, non est aliquid faciendum, propter quod servitus impediatur, tunc locus ille medius non impedit servitutem constitui* (2), *et ideo servitus esse potest in urbanis praediis, etiam interposito medio praedio servitutem non debente: quia si habeo jus servitutis altius non tollendi, remotioris domus utilitas erit, donec praedium meum extollatur* (3). *Eodem modo quod dictum est de loco sacro, religioso et publico, medio impediente servientem constitui: intellige quando in loco medio requiritur, quod aliquid fiat, alias non impediretur* (4).

II. *Et ideo non videtur esse differentia inter servitutes rusticas et urbanas, licet text.* in l. qui sella. § si tacite, *videatur differentiam facere, et Azo* (5), *quod dictum est, sed re vera non est differentia, sed solum in hoc consistit differentia, an praedium meum impediat utilitatem venire de uno praedio ad aliud: quod contingit duobus concurrentibus. Primum, quod praedium medium non sit constituentis servitutem. Secundum, quod ad usum servitutis aliquid sit in eo faciendum, vel exercendum, quod fieri potest invito domino* (6), *et tunc impedit constitui servitutem. Sed si nil erat faciendum, vel si erat praedium intermedium: tamen erat ejusdem domini praedii dominantis: et etiam quia potest facere in illo praedio medio quicquid vult, non impedit servitutem constitui, quia non impedit utilitatem pervenire* (7).

III. *Et de ista materia, an locus medius impediat servitutes, vide per Barthol.* (8), *et per Flor.* (9), *et per Paul. de*

impedisce la servitù, quando appartenga ad un estraneo e qualche cosa in esso si debba fare, fino a tanto che non sia acquistata la servitù anche su quello. Del resto, se il luogo mediano sia di colui che costituisce la servitù, oppure anche di estranei, ma non vi si debba fare alcuna cosa per la quale la servitù rimanga impedita, allora quel luogo intermedio non serve di ostacolo alla sua costituzione; e perciò la servitù può esistere ne' fondi urbani, ancorchè vi sia frapposto un fondo intermedio non obbligato a servitù. Imperciocchè se io ho il diritto di servitù che non sia alzato più alto, esso gioverà alla casa più lontana, finchè il mio stabile non s'innalzi. Nella stessa guisa che fu detto intorno al luogo intermedio, o sacro, o religioso, o pubblico, che impedisce la costituzione della servitù, intendi dirsi anche del privato, cioè: allorquando si dimanda che in esso alcuna cosa sia fatta; poichè in caso diverso non farebbe ostacolo.

II. E però non sembra esservi differenza fra le servitù rustiche e le urbane, quantunque il testo della legge *Qui sella*, § *si tacite*, apparisca farla e la faccia anche Azzone, come fu detto. Ma in realtà non v' ha differenza, ed in ciò solo consiste, cioè: se il mio predio impedisca che il vantaggio passi da un fondo ad un altro; il che può avvenire in due casi. Primo, che il fondo intermedio non sia di quello che costituisce la servitù: secondo, che in essa debba farsi od operarsi qualche cosa ad uso di servitù, che far si possa contro la volontà del padrone; ed allora è impedita la sua costituzione. Ma se nulla doveva farsi, o se il predio era bensì intermedio, ma apparteneva allo stesso padrone del fondo dominante e poteva eziandio fare in esso tutto che gli piaceva, allora quello non impedisce lo stabilimento della servitù, perchè non impedisce la trasmissione del vantaggio.

III. Intorno a questa materia, se il luogo intermedio faccia ostacolo alle servitù, consulta Bartolo, e Floriano e Paolo di Castro

Digitized by Google

quando aliqua eorum quae sunt necessaria ad ipsam deficiunt (1). *Item quando id ex forma municipalis statuti esset prohibitum* (2).

do mancano alcune di quelle cose che sono necessarie per essa; e quando ancora la sua costituzione fosse proibita dalla forma dello statuto municipale (*a*).

(1) *Ut dictum est in q. praeced. ubi videas.*

(2) *Pro hoc vide text. cum gloss. et quod ib not. in l. qui luminibus, de serv. urban. praed.*

(*) *Religiosi.* Adde Alex. *cons.* 80. *in* 1. *colum. in* 6. *vol.* et Corn. *consil.* 220. *in* 1. *vol.*

(*) *Religioso.* Aggiungi Alessandro *cons.* 80, *colon.* 1, *vol.* 6, e Corneo, *cons.* 220, *vol.* 1.

ANNOTAZIONI AL CAPO XVIII.

(a) Pel Codice Napoleone ed anche per l'austriaco parmi che qualunque servitù prediale possa essere costituita con una limitazione e ad una condizione.

La limitazione si è che la servitù non si opponga all' ordine pubblico.

Se vi si oppone non può essere costituita. Disposizioni infatti e convenzioni private derogar non ponno alle leggi ed ai regolamenti riguardanti quell' ordine.

La condizione si è che la servitù arrechi un vantaggio presente o possa almeno arrecarne un futuro al fondo dominante.

Quel vantaggio nella più ampia significazione della parola abbraccia non solo ciò che è necessario, ma eziandio ciò ch' è utile, e perfino ciò ch' è piacevole.

S' è impossibile che vi abbia quel vantaggio presente o almeno che vi possa essere un futuro vantaggio, sparisce del tutto la idea della servitù.

Quindi se tra i fondi dominante e serviente esista tal luogo che per legge fisica renda impossibile il vantaggio presente o futuro del primo fondo, non saprei come fra quei due fondi potesse essere costituita una servitù prediale.

Non saprei p. e. come a vantaggio del mio ed a peso dell' altrui fondo si potesse stabilire una servitù di prospetto, quando fra essi esistesse una montagna che rendesse e pel presente e pel futuro quel prospetto fisicamente impossibile.

Vorrebbesi forse stabilirla nella previsione che un terremoto adegui al suolo la montagna intermedia, per modo che quella rivoluzione naturale renda possibile un prospetto fisicamente impossibile?

Ma se esiste un vantaggio presente o s' è possibile, un futuro vantaggio, non vedrei perchè una servitù prediale non potesse essere costituita pel motivo che tra i fondi dominante e serviente sta di mezzo altro fondo o pubblico o privato.

Qualche esempio spiegherà il mio concetto.

1.° Un fondo pubblico intermedio non impedisce la costituzione di una servitù prediale la quale arrechi al fondo dominante un vantaggio presente.

Alla destra sponda di un fiume navigabile o al lato destro di una strada regia o comunale (luoghi questi pubblici) posseggo una casa di villeggiatura che confina col fiume o colla strada.

Alla sponda sinistra del fiume o al lato sinistro della strada dirimpetto a quella mia casa posseggo pure un tratto di terreno.

Subito al di là di questo, sta un giardino alla suddetta casa attinente.

Per andare dalla casa al giardino e viceversa soglio valicare in barchetta il fiume o traversare la strada, e soglio passar poscia per quel mio terreno.

Vendo quest' ultimo. Ma per conservare alla casa l' accesso al suo giardino ed il ritorno da esso mediante il consueto passaggio pel terreno venduto, impongo a questo la servitù prediale di tollerare quel passaggio.

Questa servitù procaccia un vantaggio anche presente alla casa.

Digitized by Google

Prevedo che la chiesa verrà demolita. Prevedo che l' area da essa occupata rimarrà uno spazio vuoto ad uso del pubblico.

Esistente la chiesa non soffro l' incomodo che dalle finestre della casa altrui si guardi per entro alle finestre della mia.

Ma demolita e non riedificata la chiesa, soffrirò quell' incomodo per parte delle finestre dell' altrui casa che allora starà dirimpetto alla mia.

Voglio diminuirmi quell' incomodo pel tempo in cui non esisterà dopo la demolizione più chiesa, e vi sarà invece fra le due case uno spazio vuoto.

Acquisto perciò a titolo di servitù prediale il diritto, che quando e fino a che non vi abbia più chiesa e vi abbia invece un pubblico spazio vuoto, la casa altrui non debba avere nel proprio muro nuove finestre respicienti la mia.

La servitù di non aver nuove finestre, che per tal modo aggrava l' altrui casa, è un vantaggio che sarà procacciato alla mia, quando e fino a che non vi avrà più chiesa interposta fra le due case per essere stata demolita, per non essere stata riedificata e per essere stato lasciato vuoto lo spazio che dapprima occupava. È dunque un vantaggio futuro.

Non vedrei perchè a motivo della interposizione del luogo pubblico della chiesa, quella servitù non potesse essere fra la mia e l' altrui casa costituita.

3.° Nemmeno un fondo privato intermedio, a qualunque appartenga, impedisce che venga stabilita una servitù prediale che arrechi al fondo dominante un vantaggio presente.

Infatti nulla osta che a favore di una mia casa più alta ed a peso di una casa altrui più bassa, fra le quali esista una terza casa privata più bassa ancora, venga stabilita la servitù prediale di non innalzare la casa altrui oltre all' attuale sua altezza, per l' oggetto di lasciar godere alla mia casa il libero ed ampio prospetto della deliziosa lontananza al di là di quell' altrui casa, del quale ha finora goduto.

4.° Finalmente un fondo privato intermedio, a qualunque appartenga, non toglie neppure che venga stabilita una servitù prediale, la quale arrechi al fondo dominante un vantaggio soltanto per l' avvenire.

Infatti nulla osta che a favore di una mia ed a peso di un' altrui casa fra le quali ne giaccia una terza più alta di ambedue, venga stabilita, pel caso in cui la terza casa interposta sia in avvenire demolita senza essere riedificata, la servitù prediale che l'altrui casa aver non debba nuove finestre respicienti la mia.

Se dunque una servitù prediale allorchè arrechi al fondo dominante un vantaggio presente o quando possa arrecarne un futuro, può essere, malgrado la esistenza di un fondo privato intermedio o pubblico o privato, costituita; l' unica quistione che può sorgere si è, se costituita in tal modo, possa o no per la esistenza di quel fondo intermedio essere esercitata.

Ridotta la quistione a tal punto, mi sembra che la servitù ora possa ed ora non possa essere esercitata.

Infiniti sono i casi che ponno essere immaginati. Per toccarne qualcuno mi riferisco ai quattro esempii che poco fa ho addotto.

1.° Nel caso dei fondi pubblici intermedii dei quali ho fatto cenno al n. 1, la servitù può essere esercitata.

Infatti nè il fiume nè la strada impediscono ordinariamente la servitù del passaggio pel terreno divenuto altrui proprietà onde andare dalla casa di villeggiatura al giardino che le è attinente e che sono mia proprietà, e viceversa.

Quella servitù può dunque essere esercitata malgrado i suddetti fondi pubblici intermedii.

2.° Nell' esempio dell'altro fondo pubblico intermedio addotto al n. 2, la servitù che la casa altrui aver non debba nel proprio muro nuove finestre respicienti la mia, fu stabilita e quindi esercibile pel solo caso che framezzo alle due abitazioni non vi abbia più chiesa per essere stata demolita, e vi abbia invece un pubblico spazio vuoto, per non essere stata riedificata.

Perciò non demolita e non tramutata in uno spazio vuoto la chiesa, la servitù a vantaggio della mia casa non è esercibile.

Perciò demolita ma ricostruita la chiesa, quella servitù non è egualmente esercibile.

Demolita invece la chiesa e ridotta a spazio vuoto l' area da essa occupata, la servitù può essere esercitata.

3.° Nell' esempio del fondo privato intermedio al n. 3, la terza casa più bassa che sta

Digitized by Google

disce che la mia casa più alta eserciti la servitù attiva di vietare all' altrui casa di ergersi più in alto e di togliere, alzandosi, alla suddetta mia casa il prospetto del quale ha finora goduto.

Ma elevata la terza casa intermedia, non soggetta ad alcuna servitù, ad altezza tale da togliere alla mia casa il libero ed ampio prospetto che fu l'oggetto pel quale la casa altrui assoggettossi a favor di essa alla servitù di non oltrepassare la propria altezza attuale; parmi che l' oggetto di questa servitù, fino a che dura la elevazione della terza casa intermedia, sia cessato od almeno sospeso. E se per tal modo l' oggetto di questa servitù è cessato o sospeso, parmi anche che l' esercizio di essa debba cessare o rimanere sospeso.

Restituita poi la terza casa intermedia alla originaria sua altezza, l' oggetto della servitù a favore della mia casa torna a sussistere. Quella servitù può dunque di nuovo essere esercitata, quando per altre cause non abbia legalmente cessato di esistere.

4.° Finalmente nell' esempio del fondo privato intermedio da me addotto al n. 4, fino a che la terza casa intermedia più alta della mia e dell' altrui non è demolita, la servitù aggravante la casa altrui di non avere nuove finestre respicienti la mia, non può essere esercitata. Non può esserlo perchè fu costituita, ed è quindi esercibile nel solo contrario caso, che la terza abitazione intermedia venga demolita senza essere riedificata.

Demolita poi e non riedificata la casa intermedia, la servitù può essere esercitata, quando altre cause legali non l' abbiano fatta cessare.

Chiudo l' annotazione presente coll' osservare, che statuti provinciali, municipali e simili, presso noi più non esistono. Il decreto 16 gennaio 1806 che mise nel regno d'Italia in attività il Codice Napoleone gli ha aboliti. E nel regno lombardo veneto non furono espressamente confermati secondo il § 11 del Codice austriaco.

Non può dunque ora per noi parlarsi di proibizione di alcune servitù prediali portata dagli Statuti municipali. Ai suoi tempi, l'autore potè parlarne perchè quegli Statuti avevano vigore.

Due sentenze conformi riportate dalla Gazzetta dei Tribunali di Milano anno 1851 pag. 244 decisero, che una servitù costituita sotto l' impero di un patrio Statuto dovesse essere da esso regolata solo quando le disposizioni ad essa relative fossero state dedotte in contratto come norme anche per l' avvenire.

E ciò fu giustamente deciso, veduto che in tal caso la servitù è veramente regolata non già dallo Statuto abolito, ma dal contratto sussistente.

Digitized by Google

CAPUT XIX.

QUOMODO, ET QUALITER, ET QUANDO CONSTITUATUR, ET ACQUIRATUR, ET RETINEATUR SERVITUS, ET QUAE SERVITUTES DICANTUR HABERE CAUSAM PERPETUAM, SEU CONTINUAM, QUASI CONTINUAM, SEU QUASI PERPETUAM, ET QUAE CAUSAM DISCONTINUAM, ET QUANTO TEMPORE HUJUSMODI SERVITUTES PRAESCRIBANTUR.

I. *Servitus, pactionibus, stipulationibus, testamentis, et contractibus constituitur.* — II. *Servitutes multiplices sunt, et quae sint servitutes habentes causam continuam, et quasi continuam.* — III. *Servitutes habentes causam discontinuam, quae sint.* — IV. *Servitutes, quibus praescribitur* 10. *annor. inter praesentes, et* 20. *inter absentes, quae dicantur.* — V. *Tempus, cuius non extat memoria in contrarium, quod dicatur, et quomodo probetur, remissive.* — VI. *Possessio* 100. *annorum quomodo probetur, remissive.* — VII. *Venditio non probatur, etiam si possideretur res alicuius, vel ususfructus eius, eo sciente, et patiente.* — VIII. *Positio alleganti titulum, quod titulum non habuerit, fieri potest.* — IX. *Negativa quomodo probetur, remissive.* — X. *Res dicuntur possideri, quando causam continuam habent.*

I. *Octavo principaliter expedit examinare quomodo et qualiter, et quando constituatur, et acquiratur, et retineatur servitus. Et dic, quod constituitur pactionibus, stipulationibus, et testamentis, et contractibus* (1), *et voluntate partium constituitur servitus ab invitis: et invitus dicitur ille, qui non consentit expresse, etiamsi non contradicat* (2). *Ideoque licet vadam per praedium tuum, vel aliqua projiciam in tuo, te sciente, et non contradicente: non statim est servitus, nisi*

(1) *Text. est cum gloss. Instit. de servit. § pen. et fin. et dixi supra in 6. quaestion. princip. versic.* 12. *et est text. in l. potest etiam in testamento* 16. *comm. praed. et l. binas aedes de serv. urban. praed. cum simil.*

(2) *Ut l. invitum de serv. urban. praedior.*

CAPO XIX.

IN QUAL MODO, COME E QUANDO SI COSTITUISCA, SI ACQUISTI E SI RITENGA LA SERVITÙ; QUALI SERVITÙ SI DICANO AVERE UNA CAUSA PERPETUA O CONTINUA, QUASI CONTINUA O QUASI PERPETUA, E QUALI UNA CAUSA DISCONTINUA; E IN QUANTO TEMPO COSÌ FATTE SERVITÙ SI PRESCRIVANO.

I. La servitù si crea mediante le convenzioni, le stipulazioni, i testamenti ed i contratti. — II. Molteplici sono le servitù e quali sieno quelle che hanno una causa continua e quasi-continua. — III. Quali sieno le servitù che hanno una causa discontinua. — IV. Quali sieno le servitù nelle quali ha luogo la prescrizione di 10 anni fra' presenti e di 20 fra gli assenti. — V. Brevemente: quando si dica aver luogo quel tempo del quale non resta alcuna memoria in contrario, ed in qual modo si pruovi. — VI. Brevemente: in qual maniera si comprovi il possesso di cento anni. — VII. La vendita non si prova, anche se si possedesse la cosa di alcuno od il suo usufrutto, con iscienza e pazienza dello stesso. — VIII. Contro chi allega il titolo si può opporre che non lo abbia avuto. — IX. Brevemente: in qual modo si pruovi la negativa. — X. Le cose si dicono esser possedute, quando hanno una causa continua.

I. In ottavo luogo precipuamente giova esaminare in qual modo, come e quando la servitù si stabilisca, si acquisti e si conservi. E tu di' che si costituisce co' patti, colle stipulazioni, coi testamenti e coi contratti; e che viene fondata contro voglia mediante la volontà delle parti. Si dice che fa contro voglia, colui che non consente espressamente, quantunque non s' opponga. E però, sebbene io passi pel tuo fondo o in esso sporti alcunchè, mentre tu il sai e non mel divieti, subito non sorge la servitù, nè sorgerà, se prima non

Digitized by Google

praescribam (1), *de qua praescriptione statim dicam, sicut e contra in amittendis servitutibus dicitur: nam licet altius tollas, me sciente, non statim domus tua est libera* (2). *Item constituitur et acquiritur servitus per consuetudinem* (3). *Item acquiritur per praescriptionem* (4). *Item constituitur servitus per consuetudinem, et habetur per Gloss. et Dd.* (5), *et per Bart.* (6), *et per Dd.* (7).

II. *Circa quod primo est sciendum, quod servitutes quaedam dicuntur habere causam perpetuam, seu continuam: quaedam quasi perpetuam, seu quasi continuam: quaedam discontinuam* (8). *Et dic, quod illa servitus dicitur habere causam continuam et perpetuam, quae semper est in usu actualiter et potentialiter, ut servitus aquaeductus, et servitus altius non tollendi, et similes. Quasi continuam seu quasi perpetuam causam dicitur illa servitus habere, quae perpetuo seu continuo potentialiter, sed non actualiter est in usu, ut est servitus stillicidii, vel ductus aquae ex coelo cadentis* (9). *Et est ratio: quia in istis non requiritur semper factum hominis ad usum servitutis, licet requiratur aliquando a princip. ad ipsam constituendam, ut in aquae ductu: quia postquam aqua est derivata per rivum, vel canalem facto naturae continuatur, et per seipsam semper fluit, et ita in servitute tigni injuncti vel oneris ferendi: nam postquam semel est immissum per seipsum continuatur. Item in quasi perpetua seu quasi continua, ratio est: quia licet in illa non exerceatur semper: tamen est apta semper exerceri sine facto hominis, ut in servitute stillicidii, quae est respectu aquae ex coelo cadentis, quia non semper pluit, sed cum pluit, per seipsam redit, et stillicidium est semper aptum recipere aquam sine facto hominis, postquam stillicidium factum est.*

III. *Discontinuam vero causam illa servitus habere dicitur, quae non est sem-*

corra a mio favore la prescrizione, della quale parlerò incontanente; come per contrario avviene nella perdita delle servitù; imperocchè sebbene tu fabbrichi più alto ed io mel sappia, tuttavolta la tua casa non è libera issofatto. Del pari la servitù si costituisce e si acquista colla consuetudine. Del pari si acquista colla prescrizione, e parimenti si stabilisce per la consuetudine, come s'ha dalla glossa, da Dino, da Bartolo e dai Dottori (*a*).

II. Intorno alle quali cose primamente dee sapersi che alcune servitù si dicono avere una causa perpetua o continua; altre una quasi perpetua o quasi continua, ed altre una discontinua. E di' che quella servitù si dice avere una causa continua e perpetua, la quale è sempre in uso attuosamente e potenzialmente, com' è la servitù d' acquedotto, la servitù di non erger più alto, e simili. Si dice avere una causa quasi perpetua o quasi continua quella servitù che è in uso perpetuamente o continuamente nella potenza, ma non già nell' atto, com' è la servitù di stillicidio o di condotta d' acqua piovana. E la ragione si è questa rispetto alla prima; che in tale servitù non si richiede sempre il fatto dell'uomo pel suo uso, benchè talvolta abbisogni dapprincipio per costituirla, come nell' acquidotto; imperocchè, dopo che l' acqua è derivata pel rivo o pel condotto, essa continua per opera di natura, e per virtù propria sempre discorre. Così dicasi della servitù del trave immesso, o di sopportare il peso; perchè, immesso una volta, continua a stare da sè. Del pari nella quasi perpetua o quasi continua la ragione è questa: che, sebbene non si eserciti sempre, nullameno è sempre idonea ad essere esercitata senza l' opera dell'uomo, come avviene nella servitù di stillicidio, la quale è stabilita in riguardo all'acqua che cade dal cielo; poichè sempre non piove, ma quando piove, cade per sè stessa, e lo stillicidio è sempre atto a ricever l' acqua senza il fatto dell'uomo, dopochè sia formato.

III. Si dice poi avere una causa discontinua quella servitù che non sempre è in uso

Digitized by Google

quia in sui usu requirit factum hominis, quod non potest esse continuum, ut servitus itineris, viae, et simil. Nam homo non potest semper ire, vel ducere currum aut plaustrum (1). *Et istud, quod dixi de causa discontinua, procedit in servitutibus realibus, quae a re rei debentur: quia in istis ipsa res dicitur tales servitutes quasi possidere mediante facto hominis, non autem facto suo: et ideo cum in istis realibus ubicumque factum hominis requiritur ad usum, et illud non possit semper esse continuum, sequitur, quod illa res tales servitutes non continue possidet, et propterea dicuntur habere causam discontinuam. Sed secus est in servitutibus, vel personalibus juribus, quae debentur a re personae: ut est ususfructus, usus, jurisdictio, et simil. Nam in istis licet factum hominis requiratur, non solum ab initio, sed etiam ex post facto, non tamen dicuntur habere causam discontinuam, quia possunt animo possideri, ex quo personae debentur, quae habent animum: licet actus sint discontinui, ut eleganter notat Barth.* (2).

IV. *His itaque praemissis dicas, si est servitus, quae habeat perpetuam causam seu continuam, vel quasi perpetuam, seu quasi continuam, ex his duobus casibus regulariter praescribitur longo tempore, videlicet* 10 *ann. inter praesentes, et* 20 *inter absentes, exemplo rerum immobilium* (3). *Sed si est servitus habens causam discontinuam, tunc regulariter non praescribitur* (4). *Sed illa regula fallit in multis casibus. Primo, quando quis fuisset usus jure servit. tanto tempore, in cujus contrarium memoria non existit* (5). *Et pro hoc adduco text.* in c. super quibusdam, § praeterea, extr. de verb. sign., *ubi habetur, quod tempus, cujus non extat memoria in contrarium, habet vim privilegii,* et est text. in c. 1 in fin. de praescript. lib. 6, *ubi dicitur, quod dictum tempus habet vim tit.*

V. *Quando autem dicitur esse tantum tempus, cujus non extet memoria in con-*

perciocchè dimanda l'opera umana, la quale non può esser continua; com' è la servitù di passaggio, di strada e simili. Ed invero, l'uomo non può sempre andare o condurre il cocchio od il carro. E ciò ch'io dissi intorno la causa discontinua vale anche per le servitù reali che sono dovute da una cosa ad un'altra; perchè la stessa cosa si dice quasi possedere siffatte servitù mediante il fatto dell'uomo, non già per opera propria. E però, dacchè per l'uso di tali servitù sempre si richiede il fatto dell'uomo, e questo non può esser sempre continuo, ne segue, che quella cosa non posseda continuamente tali servitù, e perciò queste si dicano avere una causa discontinua. Ma altrimenti succede nelle servitù o diritti personali che la cosa deve alla persona, come sono l'usufrutto, l'uso, la giurisdizione e simiglianti; conciossiachè in questi, sebbene si ricerchi il fatto dell'uomo, non solamente da principio, ma anche dopo, nondimeno non si dicono avere una causa discontinua, perchè si possono possedere coll' animo, essendo dovuti a persone che d'animo sono dotate; quantunque gli atti sieno discontinui, come elegantemente notò Bartolo (*b*).

IV. Premesse adunque queste cose, dirai: Se sia servitù ch'abbia una causa perpetua o continua, ovvero una quasi perpetua o quasi continua, in questi due casi di regola ella si prescrive col lungo tempo, cioè in 10 anni fra' presenti e in 20 fra gli assenti, ad esempio delle cose immobili. Ma se sia servitù ch' abbia una causa discontinua, allora di regola non si prescrive. Tuttavolta questa regola soffre eccezione in molti casi. Primamente, quando alcuno avesse fatt' uso della servitù per tanto tempo che non esistesse memoria del contrario. E in sostegno di questa opinione adduco il testo *in l. super quibusdam* § *praeterea, extr. de verb. signif*, dove si trova che il tempo, del quale non resta memoria in contrario, ha la forza di privilegio; e v'ha inoltre il testo *in c.* 1, *fin. de praescrip. lib.* 6, ove è detto che questo tempo ha forza di titolo.

V. Quando poi si dica esservi tanto tempo che non rimanga memoria del con-

(1) *L. servitutes* 14. *in princip. de servitut.*
(2) *In l. iust.* § *non mutat. de usucap. et ibi per Cyn. C. de servitut. et aqua, et in l.* 2. *in* 5. *quaestion. eod. titul.*

Digitized by Google

trarium (*), *et quomodo probetur, vide plenius per Innoc.* (1), *et ibi per canonistas* (2), *per Cyn.* (3), *per Bart.* (4) *et per Gloss. et Dd.* (5), *et adde quod Cyn. tenuit* in d. l. 2, 9 quaest., *quod centum anni dicantur esse spatium tanti temporis, de quo non extet memoria. Idem tenuit Anton. de But.* (6) *et Inno.* (7), *item dicunt quidam, quod si constet, et idem sentit Spec.* (8), *et idem tenet Bald.* (9) *et Cardin. Zabarel.* (10).

VI. *Et quomodo probetur possessio 100 ann. vide per Bald.* (11), *et vide Gloss.* (12). *Secundus casus est, in quo fallit; quando utens allegaret seu habuisset titulum concessionis ab ipso domino, et sic ex aliquo titulo praecedenti dicat sibi a domino fuisse servitutem constitutam, nec id possit probare per testes vel instrumenta, et in adminiculum suae intentionis inducat conjecturam, quia usus est servitute praedii domino sciente, et non contradicente per 10 vel 20 annos, scil. per 10 inter praesentes, et 20 inter absentes: quia praesumitur servitus constituta ex causa, quae praetenditur praecessisse* (13). *Et idem ad literam dicit Azo* (14). *Et istam opinionem tenent communiter Dd. tam legistae, quam canonistae, ut dicit Paul. de Castr.* (15). *Sed Petr. de Bellapert., Cyn., et Jacob. Butr. et Ray. de For.* (16); *et Ang.* (17) *tenent contrarium, dicentes, quod* l. cum de in rem verso *loquitur in faciente, hoc est, in solvente per 10 vel 20 annos: contra quem facilius praesumitur, cum ei non sit tantum imputandum. Et pro ista distinctione bene facit, quod not. Inn.* (18). *Item pro hac parte ego adduco hanc rationem. Nam si opin. Gloss. et Dd. esset vera, lex quae dicit, quod requiratur tantum tempus, cujus non extet memoria in contrarium,*

trario (*) e come si compruovi, tel mostreranno pienamente Innocenzo, i canonisti, Cino, Bartolo, la Glossa ed i Dottori; ed arroge che Cino ritenne nella *d. l.* 2, *quaest.* 9, *cod. de servit. et aqua*, che occorrano 100 anni a formare il tempo predetto. Egualmente opinarono Antonio da Butrio ed Innocenzo. Del pari alcuni dicono: se però consti, e in questo voto concorrono lo Speculatore, e Baldo, e il cardinale Zabarella.

VI. Vedi poi in Baldo e nella glossa in qual modo si provi il possesso di cento anni (*c*). La seconda eccezione ha luogo quando chi usa della servitù alleghi di aver avuto dallo stesso proprietario il titolo della concessione, ed asserisca in tal modo che in virtù d' altro titolo antecedente la servitù fu a lui dal padrone costituita; e quando ciò non possa comprovare mediante testimoni od istrumenti, e come ammiuicolo del suo proponimento faccia valere la conghiettura che usò della servitù del fondo con scienza e non opposizione del proprietario per lo spazio di 10 o 20 anni, cioè di 10 fra presenti e di 20 fra assenti; perchè la servitù si presume costituita secondo la causa che pretendesi aver preceduto. La stessa cosa ricisamente dice Azzone; e questa opinione è comunemente seguita dai Dottori sì legisti che canonisti, come dice Paolo Castrense. Ma Pietro di Bellapertica, Cino, Jacopo Butrigari, Rinieri da Forlì ed Angelo opinano diversamente, dicendo che la legge *cum de in rem verso* parla di chi fa, ovvero di chi paga per 10 o 20 anni, contro il quale più facilmente essa si presume, non dovendosi imputarlo di cotanto. E per questa distinzione calza bene quanto nota Innocenzo. E a suo sostegno adduco pur io la seguente ragione: che se l' opinione della Glossa e dei Dottori fosse vera, la legge che dice abbisognare tanto tempo che

(1) *In c. quod per novale, et in c. veniens.*
(2) *De verb. sign.*
(3) *In l. 2. in quaest. Cod. de serv. et aqua.*
(4) *In l. 1. § Labeo de aqua plu. arc.*
(5) *In l. arbiter, de prob. et per Flor. in d. l. serv. in ult. charta circa princ.*
(6) *In c. veniens, in princ. ult. col. extra, de testib.*
(7) *Etiam ibi circ. fin. 2. col. in ver.*
(8) *In tit. de probat. in 2. parte et § 1 vers. quod si testes, ad fin. illius versic.*
(9) *In d. l. 2. ad fin. 2. colum. C. de servitut.*
(10) *In c. si diligenti, in fin. extra, de praescript. et not. per Dd. in juribus, praeallegatis.*
(11) *In auth. quas actiones in ult. in princip. C. de sacros. eccl.*

(12) *Et quod ibi notatur in c. cum vobis, extr. de praescript.*
(13) *Arg. l. 1. in fin. de aqua pluvia arcen. et l. cum de in rem vers. ff. de usuras, ita singula dixit gloss. in l. servitutes, la grande 14. gloss. magna in fin. de servit. et gloss. in l. 1. § fin. in versic. quamdiu. de aqua pluv. arcenda.*
(14) *In summa C. de serv. § item constituuntur servitutes per consuetudinem, et idem not. Innoc. in c. si diligenti, extr. de praescript. et Ioann. And. et Dd. in c. pervenit, de cen. et idem tenet. Barthol. et Flor. in d. l. servitutes, et Dd. Ang. de Arc. Instit. de action. § aeque.*
(15) *In dict. leg. servitutes.*
(16) *In leg. si certis annis Cod. de pact.*
(17) *Ibi in sua repet.*
(18) *In c. olim. el. 3. ad fin. de restit. spol.*

Digitized by Google

esset imposita potius verbis, quam rebus, contra l. 2 C. communia de leg. et l. fi. Cod. de usu et c. commiss. § porro de elect. in 6. *Nam quilibet qui fuisset in quasi possessione per 10 vel 20 annos, semper allegaret titulum a domino, et sic numquam haberet locum dicta lex, quae requirit tantum tempus, quod non extet memoria in contrarium. Bart. autem* (1) *conatur salvare Gloss. et dictam opinionem communem, et respondet contrariis, dicens, quod in his quae sunt magni praejudicii, procedit opin. Pet. et aliorum sequentium, quod non habeat locum* l. cum de in rem verso, *sicut est in acquisitione dominii, vel partis ejus.*

non resti memoria del contrario, sarebbe imposta alle parole piuttosto che alle cose, in contraddizione alla *leg. communia de leg.* ed alla legge *fin. Cod. de usu et c. commiss.* § *porro. de elect.* Imperocchè chiunque avesse avuto il quasi possesso per 10 o 20 anni, sempre allegherebbe il titolo ricevuto dal proprietario, e così non avrebbe mai vigore la detta legge che richiede tanto tempo di cui non rimanga memoria in contrario. Bartolo però si sforza di salvare la Glossa e la suindicata opinione comune, e risponde agli avversarii; che per quelle cose le quali arrecano danno grave ha luogo l'opinione di Pietro e degli altri citati: che, cioè, la legge *cum de in rem verso* non abbia valore, come avviene nell'acquisto del dominio o di una sua parte.

VII. *Nam si possiderem rem tuam tamquam meam, per longum tempus, te sciente et patiente, vel etiam usumfructum ejus, qui est pars dominii* (2), *et postea dicerem te mihi eam vendidisse, vel concessisse, non probaretur, per hoc venditio vel concessio* (3). *Sed in his quae sunt parvi praejudicii, sicut sunt servitutes praediales, per quas non acquiritur dominium, nec pars ejus, et tunc procedit opin. Gloss.* (4). *Item pro hoc allegat Gloss. similem notat* in l. pen. C. communi divid., *ubi contra patientem praesumitur titulus divisionis, quia est parvi praejudicii* (5). *Ad inconveniens quod dixi, videlicet quod lex videatur posita verbis et non rebus, non respondet, sed potest dici secundum Paul. de Castr.* (6), *quod illud tempus, cujus memoria non extat in contrarium, requiritur, quando adversarius ignoraret. Si autem scit et patitur, et tunc sufficiat longum tempus, cum allegatione tituli, et isto modo potest salvari communis opinio. Posset etiam aliter responderi: quia licet sufficiat allegare titulum cum quasi possessione longi temporis, et esset praesumptio juris et de jure: tamen contra eam admitteretur probatio in contrarium per partis confessionem* (7).

VII. Conciossiachè se io possedessi per lungo tempo, e con tua scienza e pazienza, la cosa tua, come se fosse mia, oppure il solo suo usufrutto ch' è parte di dominio, e poi dicessi che tu me l' hai venduta o concessa, non sarebbe perciò provata la vendita o la concessione. Ma rispetto quelle cose che recano un leggier pregiudizio, come sono le servitù prediali, mediante le quali non s'acquista il dominio, nè una sua parte, ei dice valere l'opinione della glossa e cita a favore le sottindicate leggi. Così pure allega la stessa Glossa sulla legge *pen. Cod. communi divid.* ove contro il paziente presumesi il titolo della divisione, perchè di leggier danno riesce. All' inconveniente da me esposto, cioè che la legge sembri imposta alle parole meglio che alle cose, egli nulla contrappone; ma si può dire, seguendo Paolo Castrense, che quel tempo del quale non resta memoria in contrario si richiede allorquando l' avversario versa in ignoranza. Perchè se sa e soffre, allora il lungo tempo coll'allegazione del titolo è sufficiente; ed in tal guisa si può salvare la comune opinione. Potrebbesi eziandio rispondere altrimenti; perchè sebbene basti allegare il titolo col quasi possesso di lungo tempo, e questa sia presunzione *juris et de jure*; nondimeno contro ad essa sarebbe ammessa la prova in contrario mediante la confessione della parte.

VIII. *Et ideo posset fieri positio alle-*

VIII. E però potrebbe opporsi a chi

Digitized by Google

ganti titul. quod non habuit titulum: sed si confitetur, allegatio tituli sibi non prodesset: ideo non credo, quod sit praesumptio juris, et de jure, sed juris tantum: ideo posset probari contrarium per alias probationes (1), *et per hoc patet, quod lex, quae requirit tantum tempus, cujus non extet memoria, non erit imposita verbis, quando confiteretur adversarius, vel probaretur titulum non praecessisse: vel quando adversarius ignorasset allegantem titulum possedisse. Teneas itaque opin. Gloss. quae est communis, et eam semper observari in practica vidi: et eandem practicam vidi observari, quando quis non solvit decimam per tantum tempus, quod non extet memoria in contrarium: sed istud non examino et ad ejus probationem inducit possessionem, vel quasi, tanti temporis, quod non extet memoria in contrarium, sed in hoc de decima est magis dubium: quia tractatur de magno praejudicio: sed in hoc plus est quam in praecedenti casu: quia allegatur non tempus longum, sed tempus quod non extat memoria in contrarium. Sed istud non examino: quia est longa materia* (2). *Sit ergo cautus ille, qui est usus aliquo servitut. jure discontinuo, ut semper alleget titulum aliquem habilem ad constituendam servitutem sibi, et probet se usum fuisse illo jure servitutis per 10 annos inter praesentes, et 20 inter absentes, sciente adversario et patiente, et obtinebit: et sit etiam cautus in hoc, ut alleget se titulum habere ab adversario: qui possit servitutem imponere rei: nec alleget se titulum habere a quodam tertio: quia hoc non sufficeret: scientia enim et patientia non domini non faciet resultare praesumptionem in facto alieno, sed in facto proprio, sic secundum Paulum de Castr.* (3) *qui hoc declarat, et bene. E contra sit cautus etiam adversarius, ut quaerat propositiones, vel aliter habere confessionem ab altera parte, scilicet quod nullum titul. habeat ab ipso, vel ab alio qui servitutem imponere potuerit: vel si non potest habere confessionem, quaerat probare contrarium, coarctando dictum tit. ad certum locum et tempus,* juxta no. in l. arct. C. de prob. et in d. c. bonae, de elect.

IX. *Ubi habetur, quomodo probetur*

(1) *Juxta not. in c. bonae memoriae Maguntini, de elect. et in l. actor. C. de probat.*

allega il titolo, che titolo non ebbe mai; ma se confessasse, l'allegazione del titolo non gli gioverebbe. Perciò non credo che sia presunzione *juris et de jure*, ma di diritto soltanto, e per questo motivo il contrario potrebb'esser provato con altre pruove. Da ciò risulta chiaro che la legge la quale dimanda tanto tempo di cui non resti memoria, non sarà imposta alle parole, qualora l'avversario confessi, o sia provato, che il titolo non esisteva precedentemente, oppur quando l' avversario ignori che chi allega il titolo abbia posseduto. Tu pertanto ti atterrai all' opinione della Glossa ch'è comune e ch' io vidi sempre osservare nella pratica. La stessa pratica vidi osservare nel caso che alcuno non paghi la decima per tanto tempo di cui non resti memoria in contrario; ma questo non voglio esaminare. A di lui prova però vale il possesso o quasi possesso di tanto tempo di cui in contrario non resti memoria. Ma in questo caso della decima è maggiore il dubbio, perchè si tratta di un grande pregiudizio, e con più ragione che non sia nel caso precedente, imperciocchè non s' allega il lungo tempo, sì il tempo di cui non resta memoria in contrario. Ma, come dissi, di ciò non voglio discorrere perchè è lunga materia. Sia cauto adunque colui che usò di alcun diritto di servitù discontinua, affinchè alleghi sempre qualche titolo atto a costituire la servitù a suo favore, e provi di aver usato di quel diritto per 10 anni fra presenti e 20 tra assenti, con scienza e pazienza dell' avversario, e vincerà; e sia pur cauto in ciò, che alleghi di avere il titolo da un avversario che possa imporre servitù alla cosa; non già da un terzo, perchè non basterebbe. Imperciocchè la scienza e pazienza di chi non è proprietario, non fa risultare la presunzione nel fatto altrui, ma sì nel proprio, come dice Paolo di Castro che ciò egregiamente dimostra. Ed al contrario sia cauto eziandio l' avversario nel proporre, od altrimenti nell' ottenere la confessione dall' altra parte, cioè: che nessun titolo abbia avuto da esso, o da altri che avesse potuto impor servitù; che se non possa aver la confessione, si studii di provar il contrario restringendo il detto titolo ad un certo luogo e tempo, giusta la legge *arct. Cod. de probat. et in d. c. bonae de elect.*

IX. Dove s' impara come la negativa si

(2) *De qua vide in c. 1. de praescrip. lib. 6. et in c. super quibusdam, § praeterea, de verbor. signific.*
(3) *In l. servit. de servit.*

Digitized by Google

negativa, quia si allegans tit. confiteretur se non habere, vel etiam probaretur, illa allegatio titul. sibi non prodesset. Et haec tene menti perpetuo, quia sunt utilia, et non ita bene declarata alibi reperies. Tertius casus in quo fallit dicta regula est quando quis probaret se habere verum titulum a tertio, nam tunc servitus, etiamsi haberet causam discontinuam, acquiretur longo tempore, videlicet 10 annis inter praesentes, et 20 inter absentes (**) (1). *Debet ergo illa regula intelligi, quando quis non habebat verum titulum a tertio. Et quod dixi verum titulum debere probari, quia non sufficeret ipsum tantum allegare: usus enim longi temporis non posset operari duo specialia, scilicet quod faceret praesumi titulum ab extraneo, et ultra hoc quod sufficiat longum tempus cum tali titulo allegato, ubi alias requireretur tantum, cujus non esset memoria in contrarium* (2), *quia non accidit in titulo allegato a domino adversario, seu ab illo qui servitutem imponere potuit, quia usus longi temporis etiam hoc casu inducit unum speciale tantum, scilicet probationem tituli, qua facta, sufficit, ne aliud tempus requiratur quasi possessionis ad praescribendum, ex qua praescriptione juris probatus est titulus ejus qui servitutem imponere posset, et immediate constituere* (3). *Quartus casus et ultimus est, in quo fallit dicta regula, secundum Paul. de Castr.* (4), *scilicet in servitutibus personalibus, quae debentur a re personae, ut ususfructus, usus, jurisdictio, et simil. quia licet ad eorum usum requiratur factum hominis, tamen non dicuntur habere causam discontinuam: quia animo possideri possunt, qui continuus est, licet actus hominis sint discontinui: ideo longo tempore praescribuntur, cum titulo, tamen vero: quia habet similitudinem cum dominio, quod longo tempore non praescribitur sine titulo* (5), *et intellige de titulo habito a non domino: non autem a domino: quia tunc non esset*

pruovi; perchè se chi allega il titolo confessasse di non averlo, od anche ciò si provasse, l'allegazione di quello non gli gioverebbe. Queste cose rammenta perpetuamente perchè sono utili e perchè non così bene spiegate le troverai altrove. Il terzo caso in cui la detta regola non ha luogo si è quando alcuno provasse di avere un vero titolo da un terzo, perchè allora la servitù, sebbene avesse una causa discontinua, tuttavolta s'acquisterebbe col lungo tempo, cioè con 10 anni fra presenti e 20 tra assenti (**). Quella regola adunque dev'essere intesa nel senso che alcuno non avesse un vero titolo da terzi. E come dissi, il vero titolo dev'essere provato, perchè non basterebbe allegarlo soltanto; conciossiachè l'uso del lungo tempo non potrebbe operare due cose speciali, cioè la presunzione del titolo avuto da un estraneo, ed oltre a ciò la sufficienza del lungo tempo con quel titolo allegato, laddove altrimenti si richiederebbe tanto tempo del quale non resti memoria in contrario. Il che non interviene nel titolo allegato dal padrone avversario, ovvero da quello che potè imporre la servitù, perchè l'uso del lungo tempo anche in questo caso opera una sola cosa speciale, cioè la prova del titolo; la quale avvenuta, basta affinchè non si chiegga altro tempo del quasi possesso a prescrivere; dalla quale prescrizione di diritto è provato il titolo di quello che potrebbe imporre la servitù e costituirla immediatamente (*d*). Il quarto ed ultimo caso, in cui la detta regola non ha luogo, avviene, secondo Paolo Castrense, nelle servitù personali, le quali sono dovute dalla cosa alla persona, come l'usufrutto, l'uso, la giurisdizione e simili, perchè, sebbene pel loro uso si richiegga l'opra dell'uomo, tuttavolta non si dicono avere una causa discontinua, dacchè si possono possedere coll'animo il quale è continuo, benchè gli atti dell'uomo sieno discontinui; perciò si prescrivono col lungo tempo insieme al titolo, purchè vero; essendochè somiglino al dominio il quale senza titolo non si prescrive col lungo tempo. Ed intendi del

Digitized by Google

X. *Sed praedicta regula procedit in servitutibus realibus et praedialibus, quae a re rei debentur: quae res dicuntur possideri, quando habent causam continuam* (1), *sed ille habens causam discontinuam, non potest dici, quod continue possideat, nec per actum hominis: quia ille non est, nec potest esse continuus; nec per animum, cum res animum non habeat* (2). *Ista autem non est proprie fallentia a dicta regula, quae de servitute habente causam discontinuam loquitur; quoniam servitutes personales dicuntur habere causam continuam et perpetuam: ut dixi, et licet videatur, quod possit dici fallentia respectu actus hominis, qui requiritur in servitute personali, et tamen praescribitur longo tempore: quod non est in servitute reali, quae factum hominis requirit, et est discontinua: quia longum tempus non sufficit: tamen dico, quod etiam hoc casu non est proprie fallentia: quia in ista servitute personali requiritur tit. a non domino, ut dixi; quod si intervenisset in servitute reali habente causam discontinuam, idem esset: quia etiam longo tempore praescriberetur* (3), *et sic in effectu quantum ad tempus praescribendi, non videtur esse differentia inter servitutem habentem causam discontinuam, et servitutem personalem habentem causam continuam: quia in utraque sufficit titulus a non domino cum possessione, vel quasi longi temporis. Sed ubi non intervenisset tit. bene esset differentia, quia in servitute reali regulariter non praescribitur, nisi per tantum tempus, quod non extet memoria in contrarium, sed in servitute personali sufficerent 30 anni, quod est longissimum tempus, ut not. Cyn.* (4), *et supra dixi, quae omnia bene not.*

(1) *Ut l. qui fundum ff. quemadm. serv. amit.*
(2) *Ut dixi supra in illa q. quando dicatur servitus habere causam discontinuam.*

(*) *Memoriam in contrarium.* An tempus 100. ann. dicatur tantum tempus, cujus in contrarium memoria non existit, et an usus tanti temporis vim habeat concessionis et privilegii. *Alexan.* 5. *volum. in consil.* 16. *in* 2. *colum. in versic. secundo principaliter et consil.* 24. et ibi, an illud tempus sufficiat ad praescribendum merum imperium.

(**) *Absentes.* Ad Corneum *consil.* 35. *incipiente. In hac.* Et praesens in civitate sua quis praesumitur esse, et non praesumitur absentia *consil.* 50. Et an absens dicatur ille, qui non est praesens in judicio, *cons.* 58. *in* 2. *vol.* Et quis dicatur absens, vide Alex. *in* 5. *vol. cons.* 100. *in* 4. *col. in princ.*

X. Ma la predetta regola ha vigore nelle servitù reali e prediali, che una cosa deve ad un'altra, le quali si dicono essere possedute quando abbiano una causa continua. Nondimeno quegli che ha una causa discontinua non può dirsi che posseda continuamente: non per fatto umano, perchè questo non è, nè può essere continuo; nè mediante la volontà, perchè le cose non hanno animo. Questa poi non è eccezione alla detta regola che si riferisce alla servitù avente una causa discontinua; conciossiachè le servitù personali si dicono avere una causa continua e perpetua; e benchè sembri che possa dirsi eccezione rispetto all'atto umano che è necessario nella servitù personale la quale tuttavia si prescrive col lungo tempo (locchè non accade nella servitù reale la quale richiede il fatto dell' uomo ed è discontinua perchè il lungo tempo non basta), nondimeno io dico che neppure in questo caso è propriamente eccezione; poichè in siffatta servitù personale si richiede il titolo da uno che non è proprietario, come dissi; che se avesse luogo nella servitù reale avente una causa discontinua, avverrebbe lo stesso, dacchè si prescriverebbe anche col lungo tempo. Per tal guisa in effetto non sembra esservi differenza tra la servitù avente causa discontinua e la servitù personale avente causa continua, rispetto al tempo della loro prescrizione: imperciocchè nell' una e nell' altra basta il titolo avuto dal non proprietario insieme al possesso di lungo o quasi lungo tempo. Ma se mancasse il titolo, ben allora sarebbevi differenza; conciossiachè nella servitù reale la prescrizione non ha luogo se non in forza di tanto tempo di cui non resti memoria in contrario; mentre nella servitù personale basterebbero trenta anni, che formano il tempo lunghissimo, come nota Cino. Le quali tutte cose diligentemente considera (e).

(3) *Ut dixi in tertio casu praecedenti.*
(4) *In l.* 2. *in* 6. *q. C. de servit. et acqua.*

(*) *Memoria in contrario.* Se il tempo di 100 anni si dica tanto, di cui non rimanga memoria in contrario, e se l'uso di questo tempo abbia forza di concessione e di privilegio: *Alessandro vol.* 5, *cons.* 16, *colonna* 2, *vers. secondo princ. e cons.* 24, dove: se quel tempo basti a prescrivere l' imperio mero.

(**) *Assenti.* Aggiungi Corneo *cons.* 35, che comincia *In hac.* E quale si presuma presente nella sua città, e quando non si presuma l' essenza *cons.* 50. E se assente si dica quello che non si presenta in giudizio *cons.* 58, *vol.* 2. E chi si dica assente. Alessandro *vol.* 5, *cons.* 100, *col.* 4, *in princ.*

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO XIX.

(*a*) Per l' art. 639 del Codice Napoleone la servitù prediale nasce :

1.° dalla situazione naturale dei luoghi :

2.° dalle obbligazioni che impone la legge ;

3.° dalle convenzioni fra i proprietarii.

Queste ultime servitù vengono negli art. 686 e seguenti di quel Codice chiamate più esattamente servitù stabilite per fatto dell' uomo.

Dico più esattamente.

Infatti stando soltanto all' art. 639 non vi sarebbe servitù nascente da disposizione di ultima volontà del proprietario. Una convenzione non è quell' atto di ultima volontà.

Al contrario, secondo gli art. 686 e seguenti, nelle servitù prediali costituite per fatto dell' uomo sono certamente comprese anche quelle stabilite da esso con una disposizione di ultima volontà.

Esse ponno poi indubbiamente esistere, perchè non è vietato ad un proprietario d'immobili stabilirne anche colla dichiarazione della sua ultima volontà.

Il Codice Napoleone non fa cenno di servitù che nascano per decisione del giudice. Eppure ponno sorgere da quella decisione.

Per ordinario la decisione giudiziale non crea nuovi, ma riconosce e confermaes istenti diritti.

Da questo lato può dirsi in generale, che quella decisione non possa far nascere servitù, ma che riconosca e confermi soltanto servitù da altra fonte derivate.

Così p. e. il giudice decide che il proprietario di un fondo da ogni parte circondato e che non ha uscita sulla pubblica via, debba per coltivarlo avere il passaggio sui fondi de' suoi vicini.

Qui può dirsi non creare il giudice una servitù, ma riconoscere e confermare soltanto la servitù legale derivata dall' art. 682 del Codice Napoleone.

Ma d' altro lato e specialmente, è certo che il giudice può stabilire servitù che prima della sua decisione non esistevano, e che da essa soltanto derivano.

Così p. e. per l' art. 823, quando un coerede ricusi di acconsentire alla divisione degl' immobili ereditarii, il giudice pronuncia su quella divisione e la fa eseguire. Ed allora può, a parer mio, imporre fra un immobile ereditario e l' altro toccati in sorte a diversi eredi, una servitù che fosse necessaria e che prima non esisteva.

Mi sembra dunque che dal silenzio del Codice Napoleone non possa inferirsi che non vi abbia assolutamente servitù per decisione del giudice.

Nel titolo IV, capi I e II del Codice Napoleone, sono enumerate le servitù prediali cui danno esistenza la situazione naturale dei luoghi e le obbligazioni imposte dalla legge.

A mio parere però non tutti i diritti e gli obblighi ivi enumerati ponno considerarsi vere servitù prediali secondo la idea che di queste mi sono formato, specialmente nell'annotazione *b* del capo II.

Cercherò di provarlo con qualche esempio.

Il diritto che, secondo l'art. 644, spetta a colui il fondo del quale bordeggia od attraversa un' acqua corrente, di servirsene mentre trascorre per la irrigazione de'suoi fondi, non mi pare una vera servitù prediale.

Infatti questa presuppone sempre due predii, uno dominante ed uno serviente, e due diversi proprietarii di essi.

Qui invece l' acqua [illegible]

Digitized by Google

Casa e terreno spettano ad un solo e non a due diversi proprietarii. Dunque fra quei due predii non può esservi servitù prediale, perchè la cosa propria non serve a nessuno.

Quando poi il proprietario di una casa fa scolare dal tetto di essa l' acqua piovana sulla pubblica via, l' uso che fa così della via, è una parte dell' uso pubblico e comune di essa a tutti spettante. È un uso che fa della pubblica via in concorrenza con tutti gli altri proprietarii delle case su essa situate.

Non è veramente una servitù prediale, per quello che ho detto all' annotazione *d* del capo XVI.

Pegli art. 690 e seguenti poi del Codice Napoleone le servitù stabilite pel fatto dell' uomo si acquistano :

1.° mediante titoli (documenti scritti) ;

2.° mediante il possesso di 30 anni (usucapione) ;

3.° mediante la destinazione del padre di famiglia.

La tradizione delle servitù prediali si eseguisce secondo l' art. 1607 o colla consegna dei documenti, o coll' uso che ne fa chi ne ha il diritto, consenziente chi ne ha l' obbligo.

Il Codice Napoleone parla dell' acquisizione delle servitù mediante il possesso di 30 anni ossia per usucapione nel solo capo che tratta di quelle stabilite per fatto dell' uomo.

Nulla ne dice nei capi che parlano di quelle derivanti dalla situazione naturale dei luoghi o dalla legge.

Mi pare che nulla ne dica per due ragioni.

La prima, che quando una servitù prediale si acquista per quel solo possesso ossia per usucapione, è sempre supposta la volontà del proprietario del fondo dominante di acquistarla, e la volontà del proprietario del fondo serviente di tollerarla.

Quella duplice volontà e dirò così quel tacito consenso porta l' effetto che la servitù prediale acquistata per usucapione sia in ultima analisi acquistata pel fatto degli uomini nei quali sono supposte quella volontà e quel consenso.

La seconda, che, a parer mio, servitù prediali nascenti o dalla naturale situazione dei luoghi o dalla disposizione della legge non ammettono nè acquisizione per usucapione nè perdita per prescrizione.

Infatti : prendendo ad esempio il caso dell' art. 640 del Codice Napoleone e dell' articolo 54 della legge italiana 20 aprile 1804, ogni qual volta due fondi sieno situati in modo da essere uno superiore e l' altro inferiore, il secondo tollerar dee sempre la servitù di ricevere le acque che scolano naturalmente dal primo. Ad acquistare siffatta servitù non è necessario il possesso del quale parla l' art. 690.

Essa infatti è acquistata per situazione naturale dei luoghi subito che vi abbiano quei due fondi superiore ed inferiore ed acque che deggiano avere scolo. Non havvi dunque il caso dell' acquisto di essa per usucapione.

Essa poi sussiste, egualmente per quella situazione naturale fino a che vi abbiano i suddetti due fondi. Tanto è vero che per l' art. 640 il proprietario inferiore non può mai impedire lo scolo dell' acqua dal fondo superiore. Dunque non havvi il caso di perdere quella servitù col non uso di 30 anni ossia per prescrizione secondo l' art. 706.

Così in riguardo alle servitù prediali stabilite dalla legge, allorchè un fiume venga ridotto navigabile, sorge subito per l' art. 660 la servitù legale dei marciapiedi lungo le sponde di esso. Il fiume l' acquista per legge. Dunque non havvi il caso dell' acquisizione di essa mediante il possesso di 30 anni ossia per usucapione.

Fino poi che quel fiume è navigabile sussiste egualmente quella servitù.

Anche qui sussiste in forza alla sola legge. Dunque non havvi il caso che il fiume la perda pel non uso ossia per prescrizione.

Per l' art. 693 del Codice Napoleone tra le servitù prediali acquistate per fatto dell' uomo havvi anche quella per destinazione del padre di famiglia.

Ecco com' essa ha luogo.

È provato che due fondi appartenevano prima allo stesso proprietario.

È provato ch' egli avea posto su que' due fondi le cose in modo da far esistere fra essi una servitù prediale, se avessero appartenuto, in vece che a un solo, a due diversi proprietarii.

Pervengono in appresso a que' due diversi proprietarii. All' atto del trasferimento in essi della proprietà, non è fatto, secondo l' art. 594, alcun cenno di servitù.

Digitized by Google

Lo stato di cose creato fra quei due fondi dal primitivo unico proprietario; quello stato di cose che sebbene avesse l' apparenza di una servitù, altro però non era che l' esercizio del diritto di proprietà a lui su quei fondi spettante, diventa pei due posteriori e diversi proprietarii di essi una vera servitù prediale.

P. e. Mio padre era molti anni fa proprietario di due case una dirimpetto all' altra.

Aveva fatto uscire dal muro di una di esse una trave e l' aveva immessa nel muro dell' altra.

Aveva così fatto uso del proprio diritto di proprietà sulle due case. Non avea stabilito fra esse una servitù. Ma pure la immissione della trave aveva l' apparenza di quella servitù.

Io divento in successione di mio padre proprietario delle due case. Conservo l'una e vendo l' altra. La trave gittata da una ed immessa nell'altra casa sussiste.

Nel contratto di vendita nulla è detto su quell' apparente servitù.

Quello ch' era per mio padre soltanto un segno apparente di servitù diventa per me proprietario dell' una e pel compratore, proprietario dell' altra casa, una vera servitù prediale.

Ecco la servitù per destinazione del padre di famiglia.

Pei §§ 480, 481 del Codice austriaco la servitù prediale, come ogni altro diritto reale su immobili, si acquista con titolo (fondamento legale) e con modo (modo legale di acquisizione).

Il titolo sta:

1.° nel contratto;

2.° nella disposizione di ultima volontà;

3.° nella decisione del giudice al caso della divisione di un fondo comune;

4.° nella prescrizione (usucapione).

Quel Codice non parla della servitù derivante dalla situazione naturale dei luoghi.

Però per noi, secondo l'art. 54 della legge italiana 20 aprile 1804 conservata in vigore dalla Patente di pubblicazione del Codice civile se non anche dalla sovrana Risoluzione del 17 giugno 1825, esiste la servitù che i terreni inferiori ricusar non possano di dar esito alle acque superiori. Essa è la servitù derivante dalla suddetta situazione naturale, contemplata dall' art. 640 del Codice Napoleone.

Il suddetto Codice non parla nemmeno di servitù prediali derivanti dalla disposizione della legge.

Però per noi esiste la servitù legale dell' acquidotto coattivo portata dall' art. 52 della suddetta legge italiana del 1804, e dall' art. 15 del decreto 20 maggio 1806, n. 36, legge e decreto che la Patente di pubblicazione del Codice civile e la suddetta sovrana Risoluzione del 1825 confermarono.

Parmi ch' esister debba anche la servitù legale dei marciapiedi lungo i fiumi navigabili od atti a trasporti.

Voglio anche ammettere che l'art. 650 del Codice Napoleone che la porta, sia fuor di ogni quistione una legge non politica ma civile, tolta di vigore dal Codice civile austriaco.

Ma se ciò anche ammetto, sebbene non sia indubbiamente fuor di questione, è sempre certo che pegli art. 1 e 2 del Decreto italiano 20 maggio 1806, n. 35, i fiumi e canali navigabili hanno a fine principale la navigazione ch' è libera su essi.

Da quella libera navigazione è inseparabile la esistenza dei marciapiedi sulle sponde di quei fiumi e canali.

Infatti i marciapiedi servendo all' attiraglio delle barche che la esercitano la rendono continuamente e facilmente possibile.

Chi vuole il fine deve poi volere anche i mezzi.

Se vi dev' essere navigazione vi dev' essere attiraglio. E se vi dev' essere attiraglio

Digitized by Google

In quella tolleranza altro non saprei ravvisare che una servitù prediale.

Vi hanno infatti due predii, la sponda da un lato, il fiume o canale dall' altro.

Vi hanno due diversi proprietarii, quello della sponda orizzontale, che pel § 413 del Codice austriaco è il possessore del fondo lungo il fiume ed il canale, e quello dello stesso fiume o canale, ch'è lo Stato.

Vi è, come ho detto, tolleranza di un fondo a favore dell' altro.

Dunque servitù prediale.

Un Decreto viceregale del 5 febbraio 1842, n. 385 ha dichiarato esistere in Lombardia quella servitù legale.

Aggiunse essere i proprietarii delle sponde obbligati a permetterla senza diritto a compenso.

Se l' argomento dei susseguenti capi mi chiamerà a parlare ancora delle servitù derivanti dalla situazione naturale dei luoghi e dalla disposizione della legge, ne parlerò.

Il Codice austriaco non parla nemmeno della servitù per destinazione del padre di famiglia. E sembrami che a ragione non ne parli.

Un unico proprietario di due fondi che stabilisca fra essi un segno apparente di servitù non altro esercita che il suo diritto di proprietà. Non istabilisce fra essi una servitù.

Ma se non l' ha stabilita, essa non può nemmeno esistere quando i fondi a lui prima spettanti sieno poscia passati in due diversi proprietarii. Perchè esista in questo ultimo caso fa d'uopo che l'uno di essi l'abbia acquistata e che l'altro per conseguenza debba tollerarla.

Il modo legale dell' acquisizione delle servitù prediali non può per noi consistere secondo il § 481 del Codice austriaco nella inscrizione del titolo che le porta nei pubblici libri. E ciò perchè, come ho detto altrove, i pubblici libri, che per l' acquisizione di tutti i diritti reali sugl' immobili quel Codice presuppone esistenti, per noi non esistono.

Ma da ciò non ne viene che per quelle servitù non vi abbia altro modo di acquisizione, e che il solo titolo debba sempre farle acquistare.

È massima fondamentale del Codice austriaco che non abbiavi diritto reale senza titolo ossia fondamento legale e senza modo legale di acquisizione.

Pel § 320 il solo titolo non basta ad acquistare il possesso dei diritti reali.

Pei §§ 380, 425 non basta ad acquistare la proprietà.

Pel § 451 non è sufficiente ad acquistare il diritto di pegno.

Dunque solo, non deve nemmeno bastare ad acquistare il diritto reale di servitù in genere e quello della servitù prediale in ispecie.

Al titolo deve necessariamente aggiungersi il suddetto modo legale.

È vero che il modo talora è congiunto col titolo, vale a dire che talora il titolo è al tempo stesso modo, e viceversa.

Così, per darne un esempio, pel § 480 del Codice austriaco la prescrizione (usucapione) è titolo onde acquistare la servitù. E pel § 1452 è anche modo di acquistarla.

Ma da ciò non ne viene che in generale abbiavi modo senza titolo e titolo senza modo. Titolo e modo vi devono essere.

E in generale quel modo secondo il § 425 sta, per la proprietà e per tutti gli altri diritti reali, quindi anche pel diritto reale di servitù prediale, nella tradizione.

Il titolo dà soltanto un diritto personale alla cosa. La tradizione fa acquistare il diritto reale, cioè, secondo il § 307, il diritto sulla cosa contro chiunque operativo.

Il titolo è il fondamento legale dell' acquisto del diritto reale. La tradizione rende effettivo quell' acquisto.

In una parola il titolo è la base del diritto. La tradizione vi aggiunge il fatto del possesso.

Dalla unione del titolo, base del diritto colla tradizione che fa acquistare il possesso, sorge compiuto, perfetto, operativo contro chiunque il diritto reale.

Dove esistono i pubblici libri presupposti esistenti dal Codice civile austriaco, il possesso legittimo di qualunque diritto reale sugl' immobili e quindi anche del diritto reale delle servitù prediali si acquista pei §§ 321, 481 unicamente mediante la inscrizione in essi del titolo relativo. In quella inscrizione sta la tradizione del possesso così detto tavolare o civile.

Dove, come presso noi, quei libri pubblici non esistono, non può parlarsi di tradizione delle servitù prediali mediante la inscrizione. Non può parlarsi di acquisto del possesso tavolare o civile di esse.

Digitized by Google

Ma da ciò non ne viene che per esse presso noi non vi debba essere e non vi sia possesso nè tradizione di quel possesso.

Perchè ciò fosse, farebbe d' uopo cancellare dall' attuale Codice civile le massime fondamentali, che il titolo solo non basta a far acquistare i diritti reali, che al titolo deve aggiungersi il modo, e che il modo sta in generale pei diritti reali, e quindi anche per le servitù prediali, nella tradizione.

Se per le servitù prediali non vi è tradizione del possesso tavolare o civile mediante la inscrizione, vi è e vi dev' essere tradizione del possesso fisico o naturale. E ciò perchè se non vi è per noi possesso tavolare o civile vi è però possesso fisico o naturale di esse.

Resta dunque soltanto a vedersi come quella tradizione del possesso fisico o naturale per le servitù prediali abbia luogo.

Per esse come ho detto evvi possesso fisico o naturale. La tradizione ha dunque luogo colla presa di quel possesso.

Pel § 312 il possesso dei diritti fra i quali stanno anche le servitù prediali si acquista col farne uso in proprio nome. La tradizione di quelle servitù dee consistere nel farne una volta qualunque in proprio nome quell' uso.

Pel § 320 quando quel possesso e quell' uso non sieno volontariamente consentiti, ma sieno denegati da chi deve soffrirli, essi deggiono essere ottenuti dal giudice competente allegando il proprio titolo. La presa dunque di quel possesso, l'esercizio di quell'uso, ossia la tradizione, è o volontaria o coattiva.

La tradizione è volontaria nelle servitù prediali affermative, quando secondo i §§ 343, 475, 477 del Codice austriaco, l' avente diritto faccia, a vantaggio del proprio fondo sul fondo spettante all' avente l' obbligo ed esso consenziente, una cosa che questo ultimo fondo debba tollerare.

È volontaria nelle negative, quando, a senso dei §§ 343, 476, l'avente l'obbligo volontariamente si astenga a vantaggio del fondo dell' avente diritto e per proibizione di questo, dal fare sul proprio fondo una cosa che se non vi avesse servitù avrebbe libertà di fare.

È coattiva per le servitù prediali affermative quando il giudice sopra domanda dell' avente diritto lo ponga in via esecutiva in istato di fare a vantaggio del proprio fondo sul fondo altrui, senza assenso del proprietario di esso, una cosa che questo ultimo fondo dee tollerare.

È coattiva per le negative quando il giudice egualmente sopra domanda dell' avente diritto ed in via esecutiva, costringa l' avente l' obbligo ad astenersi dal fare sul fondo proprio a vantaggio del fondo altrui, una cosa che se non vi avesse servitù sarebbe in libertà di fare.

Ecco come, a parer mio, ha luogo per noi la tradizione delle servitù prediali.

Valenti giureconsulti ritengono oltre al titolo necessaria anche la tradizione ad acquistare nel nostro Regno il diritto reale di servitù prediale.

Il fu consigliere aulico Benoni nel suo articolo sull' acquisizione dei diritti reali sugl' immobili nel Regno lombardo veneto (annali di giurisprudenza del Wagner anno 1829; vol. II, pag. 261; Vienna, Sollinger) dice che in questo regno il trasferimento della proprietà, e meno le ipoteche, degli altri diritti reali sugl' immobili, ha luogo senza inscrizione in un pubblico libro, ma soltanto col titolo e colla tradizione secondo le prescrizioni del Codice civile generale austriaco.

Ed il Basevi nelle sue annotazioni pratiche a quel Codice da me altrove citate, § 481,

Digitized by Google

za di libri d' intavolazione non surrogati da altro pubblico registro, i soli titoli appoggino validamente ed efficacemente, e rendano perfetti i rispettivi diritti di proprietà.

Se si vuole da ciò inferire che come per la proprietà degl' immobili, così anche per le servitù prediali, il solo titolo, senza modo, senza tradizione, basti a far acquistare il diritto reale contro chiunque operativo, mi permetto di domandare su quali leggi quella massima sia veramente fondata.

Lo è forse nel Codice austriaco? Nol credo.

Infatti, come ho detto di sopra, è invece massima fondamentale di quel Codice, che il solo titolo non basti a far acquistare il diritto reale, che al titolo debba aggiungersi il modo, e che il modo in generale stia nella tradizione.

Lo è forse nell' art. 6 della notificazione del Governo di Milano del 16 marzo 1816, che stabilisce che fino ad altre disposizioni, per l' acquisto dei diritti reali debbano essere osservati i modi praticati e riconosciuti dalla precedente legislazione, cioè dalla legislazione italiana? Egualmente nol credo.

Infatti e prima di tutto quella disposizione di un' autorità provinciale non potè in nessun caso derogare ai principii del Codice austriaco.

Non vi derogò poi in fatto, perchè, come mostrerò in appresso, anche pel Codice Napoleone ad acquistare la proprietà d' immobili e quindi anche il diritto di servitù prediale in modo contro chiunque operativo, il solo titolo non basta.

E venendo a questo ultimo Codice è poi veramente fondata in esso la massima che ad acquistare il diritto reale di proprietà sugl' immobili basti il solo titolo senza bisogno di tradizione? Nol credo nemmeno.

È ben vero che per l' art. 1583 del Codice Napoleone la vendita è perfetta fra le parti e la proprietà si acquista di diritto dal compratore in confronto del venditore al momento della convenzione sulla cosa e sul prezzo anche senza tradizione.

Ma da questo articolo non può inferirsi che ad acquistare la proprietà come diritto reale perfetto, cioè contro chiunque operativo, il solo titolo basti.

Notisi bene che per quell' articolo, colla convenzione sulla cosa e sul prezzo anche senza tradizione, la vendita non è perfetta se non fra le parti, cioè fra il compratore ed il venditore. Non lo è dunque in confronto ai terzi.

Notisi inoltre che la proprietà, colla convenzione, cioè col solo titolo, è acquistata soltanto di diritto, e fra il compratore ed il venditore. Dunque col solo titolo non è acquistata nè di fatto nè in faccia ai terzi.

Il solo titolo dà dunque proprietà di diritto e non di fatto; dà proprietà di diritto fra il solo compratore ed il solo venditore e non in confronto ai terzi. Non dà dunque il diritto reale che comprende il diritto ed il fatto e che è poi anche contro i terzi operativo.

E se non dà quel diritto reale, vi vuole qualche cosa di altro, qualche cosa di più ad acquistarlo.

Questa cosa diversa, questa cosa di più non è la trascrizione. Infatti credo che nessuno possa sostenere con fondamento che pel Codice Napoleone essa sia il mezzo di rendere perfetta la vendita, di dare il diritto reale di proprietà contro qualunque operativo.

Quella cosa diversa, quella cosa di più, non può essere altro che la tradizione.

Essa infatti, notisi pur bene, secondo l' art. 1604 del Codice Napoleone, è la traslazione della cosa venduta in potere e possesso del compratore.

Alla proprietà di diritto data dalla convenzione sulla cosa e sul prezzo, cioè dal titolo, la tradizione aggiunge col possesso la proprietà di fatto.

La proprietà perfetta pel titolo fra le sole parti, cioè fra il venditore ed il compratore, diventa per la tradizione perfetta anche in confronto ai terzi.

La tradizione rende dunque perfetta la traslazione della proprietà in confronto a chiunque. Rende reale, vale a dire operativo contro chiunque il diritto.

Sicchè parmi che anche pel Codice Napoleone possa non senza fondamento sostenersi, che fra due compratori di un immobile, uno anteriore senza, ed uno posteriore con tradizione, la proprietà ne spetti veramente al secondo che ha di più, e non al primo che ha di meno.

Conchiudo che, a parer mio, nemmeno pel Codice Napoleone il titolo solo basta a far acquistare la proprietà come diritto reale perfetto e contro chiunque operativo. E se non basta per la proprietà bastar non deve nemmeno per le servitù prediali, per le quali poi l'art. 1607, come ho detto di sopra, porta la tradizione.

Digitized by Google

(*b*) Il Codice Napoleone non distingue le servitù prediali stabilite per fatto dell'uomo ed aventi causa continua o discontinua, da quelle aventi causa quasi continua.

Per l' effetto della loro acquisizione le distingue prima, in continue e discontinue.

Per l' art. 688 continue sono quelle l' esercizio delle quali è o può essere continuato senza che sia necessario un fatto attuale dell' uomo. Tali sono gli acquidotti, gli stillicidii, i prospetti e simili.

Le discontinue sono quelle che richieggono un fatto attuale dell' uomo per essere esercitate. Tali sono quelle di passare, di attingere acqua, di condurre le bestie al pascolo e somiglianti.

Il Codice austriaco non porta esplicitamente quella divisione nelle servitù prediali delle quali parlano i §§ 475-477, e che tutte, anche quelle che hanno per titolo e per modo la usucapione, derivano dal fatto dell' uomo per ciò che ho detto nell' annotazione *a* del presente capo.

Parmi che nol faccia, perchè fuori del caso del § 1471 che parla dell' acquisizione per usucapione e del § 1484 che tratta della perdita per prescrizione di quei diritti che ponno esercitarsi soltanto di rado, fra i quali stanno anche le servitù prediali raramente esercibili, di esercizio interrotto e che in questo senso dirsi potrebbero discontinue, la continuità o discontinuità delle servitù prediali non influisce nè sulla loro acquisizione, nè sulla loro perdita.

Parmi però che quella distinzione anche pel Codice austriaco stia implicitamente nella natura delle cose.

Stabilita infatti una volta una delle servitù urbane affermative enumerate dal § 475, p. e. quella d' imporre il peso del proprio edifizio sull'edifizio altrui, vale a dire imposto quel peso, la relativa servitù sussiste e continua a sussistere senza che per esercitarla sia necessario un fatto dell' avente diritto.

Così pure stabilita una volta una delle servitù urbane negative che enumera il § 476, p. e. quella di non ergere più in alto una casa, quella servitù sussiste e continua a sussistere senza che ad esercitarla sia necessario che l' avente diritto faccia qualche cosa, quando l' avente l' obbligo, astenendosi dall' alzare di più la casa, non faccia ossia ommetta di fare.

Queste sono in fatto servitù prediali continue secondo la definizione del Codice Napoleone.

Al contrario stabilita una volta una delle servitù prediali rustiche enumerate dal § 477 del Codice civile austriaco, che sono tutte affermative, p. e. quella del passaggio a piedi su un fondo altrui, essa sussiste e continua a sussistere, ma per esercitarla è necessario un fatto dell' avente diritto. Ei deve cioè usare del passaggio.

Questa è in fatto una servitù discontinua come la definisce il suddetto Codice Napoleone.

Quel Codice poi per l' effetto della loro acquisizione distingue anche le servitù prediali in apparenti e non apparenti.

Per l' art. 689 le prime sono quelle che si manifestano con opere esteriori, come una porta, una finestra, un acquidotto.

Le seconde sono quelle che non hanno segni visibili della loro esistenza, come la proibizione di fabbricare o di farlo oltre ad una data altezza.

Anche questa distinzione non è esplicitamente portata dal Codice austriaco.

E parmi che nol sia, perchè l' apparenza o non apparenza delle servitù prediali non influisce secondo quel Codice, nè sulla loro acquisizione, nè sulla loro perdita.

Anche la suddetta distinzione sta però pel Codice austriaco implicitamente nella natura delle cose.

Digitized by Google

(c) Per l' art. 690 del Codice Napoleone le servitù prediali continue ed apparenti si acquistano o mediante titoli (documenti scritti) o con un possesso di 30 anni, cioè per prescrizione (usucapione).

Le continue non apparenti e le discontinue, sieno poi queste ultime apparenti o no, per l'art. 691 si acquistano unicamente mediante titoli. Nessun possesso sebbene immemorabile può solo farle acquistare. Cioè non si acquistano per prescrizioue (usucapione).

Pei §§ 1470, 1472 del Codice austriaco presso di noi le servitù prediali apparenti o no si acquistano per usucapione col possesso di 30 o di 40 anni.

Lo stesso dicasi per le continue ed in genere per le discontinue.

In ispecie poi le servitù prediali portate dal § 1471 che, come ho detto all' annotazione *b* del presente Capo, potrebbero chiamarsi discontinue, si acquistano bensì per usucapione col possesso di 30 o di 40 anni. Ma ad acquistarle, oltre a quel possesso, è necessario che sia provato essersi in quei periodi di tempo presentata ed essere stata usata tre volte la occasione di esercitarle.

Fra i diritti dei quali parla il § 1471 sembranmi poi indubbiamente comprese alcune servitù prediali.

Una di queste sarebbe p. e. quella di tagliar legne portata al n. 1 del § 477.

Suppongo infatti che taluno abbia a titolo di servitù prediale il diritto del taglio delle legne in un bosco cedno altrui.

Quel taglio per l' art. 14 del decreto italiano 27 maggio 1811 n. 121 non può ordinariamente aver luogo che di sette in sette anni.

Quel taglio è dunque esercibile soltanto di rado. Ammette un esercizio interrotto. Nel supposto caso è una servitù prediale. Essa potrebbe chiamarsi discontinua.

Parlerò in seguito delle qualità che secondo i Codici Napoleone ed austriaco deve avere il possesso per indurre la prescrizione acquisitiva (usucapione) delle servitù prediali stabilite per fatto dell' uomo.

(*d*) Stabilita dal Codice Napoleone in 30, e dall' austriaco in 30 o 40 anni la durata del possesso onde acquistare le servitù prediali per usucapione, è inutile per noi che si parli di quelle usucapioni di 10, 20, 100 anni sulle quali si diffonde l' autore. Infatti se per quei Codici vi vogliono 30 o 40 anni, un periodo minore non basta per noi: un maggiore, se anche immemorabile, è indifferente.

Per lo stesso motivo è inutile per noi esaminare in quali casi abbia luogo la usucapione nei periodi di possesso contemplati dall' autore.

Siccome egli però propone e scioglie varie quistioni sul titolo e sul possesso delle servitù prediali, non che sulle prove dell' uno e dell' altro, non sarà forse trovato inutile che io faccia qualche osservazione, relativa però ai Codici Napoleone ed austriaco soltanto.

In quanto al Codice Napoleone:

1.° Taluno sostiene dinanzi ai nostri Tribunali di aver sotto l' impero di quel Codice acquistato una servitù prediale continua ed apparente.

Offre in prova della sua acquisizione o titoli od un possesso di 30 anni.

Otterrà o no dal giudice la conferma della sua acquisizione, secondo che questo avrà o no riconosciuto validi, provati, sussistenti il titolo od il possesso trentennario.

E ciò perchè per l' art. 670 del Codice Napoleone quelle servitù si acquistano o per titoli o mediante quel possesso.

2.° Taluno invece sostiene di aver acquistato una servitù prediale continua, non apparente, ovvero discontinua, apparente o no.

Produce in prova soltanto titoli del suo acquisto, ovvero vi aggiunge la prova del possesso trentennario od anche immemorabile.

Otterrà o no che la sua acquisizione venga confermata dal giudice secondo che questo avrà o no riconosciuto validi, provati, sussistenti i titoli senza alcun riguardo al possesso.

E ciò perchè per l' art. 691 tali servitù si acquistano soltanto mediante titoli e perchè un possesso anche immemorabile non basta a stabilirle.

Che se provasse soltanto il possesso di 30 anni senza produrre titoli dovrebb' essere dal giudice licenziato, perchè quelle servitù non si acquistano senza titoli.

3.° Taluno finalmente asserisce ma non prova nè titoli nè possesso di una servitù prediale ne' casi nei quali l' acquisizione dev' essere cogli uni o coll' altro provata; eppure sostiene di averla acquistata.

Digitized by Google

Otterrà o no dal giudice la conferma della sua acquisizione secondo che l'avversario avrà o no riconosciuto o negato quei titoli o quel possesso.

In quanto al Codice civile austriaco:

1.° Taluno sostiene presso di noi in giudizio di aver acquistato sotto l'impero di quel Codice una servitù prediale qualunque.

Offre la prova del titolo e del modo legale della sua acquisizione, non però per usucapione ossia mediante un possesso di 30 o 40 anni.

Otterrà o no dal giudice la conferma del suo acquisto secondo ch' esso avrà riconosciuto o no validi, provati, sussistenti quel titolo e quel modo diversi da quelli della usucapione.

E ciò perchè il giudice star dovrebbe alle sole prove sul titolo e sul modo che sarebbero state addotte e non alla usucapione che non sarebbe stata fatta valere.

2.° Taluno sostiene invece di aver acquistato una servitù prediale qualunque, offrendo la prova del titolo e del modo legale della sua acquisizione mediante la usucapione, cioè in generale mediante un possesso di 30 o 40 anni ed in particolare, ove si tratti di una servitù raramente esercibile portata dal § 1471, anche mediante la occasione tre volte in quei periodi di tempo presentatasi ed usata di esercitarla. Non offre prove di un diverso titolo e modo legale di acquisto.

Otterrà o no dal giudice la conferma del suo acquisto secondo che da questo venga riconosciuta valida, provata, sussistente la suddetta usucapione unicamente fatta valere.

E ciò perchè pei §§ 480, 1452, 1470, 1472, la usucapione mediante quel possesso è titolo e modo legale onde acquistare le servitù prediali in generale, e perchè per quelle che sono raramente esercibili in particolare, l'estremo della triplice occasione di esercitarle e del triplice uso di quella occasione è prescritto dal suddetto § 1471.

3.° Taluno finalmente asserisce ma non prova nè titolo nè modo di acquisizione di una servitù prediale qualunque che sostiene di avere acquistato.

Otterrà o no dal giudice la conferma del suo acquisto secondo che l'avversario avrà o no riconosciuto o negato l'asserito e non provato titolo e modo.

(*e*) La distinzione in continue e discontinue, esplicita nel Codice Napoleone ed implicita per l'austriaco, ha luogo soltanto per le servitù prediali.

Non ha luogo per l'usufrutto, per l'uso e per l'abitazione che il primo di quei Codici chiama diritti di godimento di una cosa altrui, e che il secondo qualifica servitù personali.

E se avesse luogo, siccome l'usufrutto, l'uso e l'abitazione, considerandoli come servitù, richieggono un fatto dell'uomo per essere esercitati, sarebbero, secondo i principii del Codice Napoleone, servitù discontinue.

Ad acquistare poi il possesso delle servitù prediali è necessario per l'art. 2228 del Codice Napoleone e pei §§ 309, 312, 313 del Codice civile austriaco il fatto del loro uso congiunto alla volontà di usarne in proprio nome, come di cosa propria.

Acquistato una volta quel possesso credo che possa essere conservato anche mediante la sola volontà. Pel § 352 del Codice austriaco è conservato colla sola volontà anche se perduto fino a che abbiavi speranza di ricuperarlo.

Non si esercita però se non mediante il suddetto uso.

Digitized by Google

CAPUT XX.

QUOT SINT NECESSARIA AD INDUCENDAM PRAESCRIPTIONEM IN SERVITUTIBUS HABENTIBUS CAUSAM CONTINUAM, VEL QUASI, AN REQUIRATUR TITULUS ET BONA FIDES, ET AN DE JURE INTER JUS CANONICUM ET CIVILE SIT DIFFERENTIA IN PRAESCRIPTIONIBUS, ET AN SERVITUS POSSIT CONSTITUI SUB CONDITIONE, ET DUPLICI CONDITIONE, VIDELICET EXTINCTIVA ET INCEPTIVA.

I. *Servitutis ad prescriptionem quot necessaria sint.* — II. *Bona fides in praescriptionibus an praesumatur.* — III. *Bona fides in quibus casibus allegari debeat.* — IV. *Bona fides an in libertate praescribenda requiratur.* — V. *Praescriptione quomodo scientia et patientia adversarii requiratur.* — VI. *Servitutibus in praescribendis an titulus requiratur.* — VII. *Praescriptio contra ecclesiam omnino titulum requirit.* — VIII. *In servitutum et jurium incorporalium praescriptione septem requiruntur.* — IX. *Interruptio naturali longissimi temporis in juribus incorporalibus praescriptionem impedit.* — X. *Servitutes non constituuntur, ut aliquid in tuo facias.* — XI. *Praescriptio quandoque plus potest, quam pactum.* — XII. *Ire per civitates et domos alienas licitum non est* — XIII. *Servitutes reales et praediales ipso jure non recipiunt certum tempus ex parte ante ad originem impediendam, sed conditionem.* — XIV. *In jure corporali quomodo quis tradere teneatur.*

I. *Dictum est supra, quod servitus habens causam perpetuam, continuam, vel quasi, praescribitur longo tempore. Sed quot sunt necessaria ad dictam praescriptionem* (*) *? Dic plura. Primum, quod volens praescribere fuerit usus jure servitutis, scilicet eo animo ut possit uti jure suo adversario invito, non jure amicitiae vel familiaritatis quia tunc numquam*

CAPO XX.

QUANTE COSE SIENO NECESSARIE PER INDURRE LA PRESCRIZIONE NELLE SERVITÙ AVENTI CAUSA CONTINUA O QUASI CONTINUA; SE SI RICHIEDANO IL TITOLO E LA BUONA FEDE; SE NELLE PRESCRIZIONI VI SIA DIFFERENZA DI DIRITTO FRA IL GIUS CANONICO ED IL CIVILE; E SE LA SERVITÙ SI POSSA COSTITUIRE SOTTO CONDIZIONE E SOTTO DOPPIA CONDIZIONE, CIOÈ RISOLUTIVA E SOSPENSIVA.

I. Quante cose sieno necessarie per la prescrizione. — II. Se la buona fede si presuma nelle prescrizioni. — III. In quali casi la buona fede si debba allegare. — IV. Se si ricerchi la buona fede nel prescrivere la libertà. — V. Come si richiedano la scienza e pazienza dell'avversario nella prescrizione. — VI. Se si richieda il titolo nel prescrivere le servitù. — VII. La prescrizione contro la Chiesa dimanda assolutamente il titolo. — VIII. Sette cose si dimostrano necessarie nella prescrizione delle servitù e dei diritti incorporali. — IX. L'interrompimento naturale del tempo lunghissimo impedisce la prescrizione nei diritti incorporali. — X. Non sono stabilite le servitù affinchè tu faccia alcunchè nel tuo. — XI. Talvolta la prescrizione può meglio che il patto. — XII. Non è lecito andare per le città e case altrui. — XIII. Le servitù reali e prediali per diritto non ricevono un certo tempo dalla parte innanzi ond'impedire l'origine, sì una condizione. — XIV. Come alcuno sia tenuto alla tradizione nel diritto incorporale.

I. Abbiam detto più sopra che la servitù che ha una causa perpetua, continua o quasi continua, si prescrive col lungo tempo. Ma quante cose poi sono necessarie per la detta prescrizione (*)? Rispondi: parecchie. Prima: che chi vuole prescrivere abbia usato del diritto di servitù, ovvero che abbia avuto animo di usare di esso a mal grado dell'avversario, non per diritto d'amicizia o di famigliarità, perchè allora mai

Digitized by Google

praescriberet (1), *et ideo si transivit quis per fundum tuum longo tempore per aliquam viam ibi existentem, quam publicam esse credebat, et cuilibet liceret per eam transire, non acquirit servitutem, etiamsi tanto tempore fuisset, cujus in contrarium memoria non existit, nec acquirit interdictum, de itinere actuque privato in ipsa servitute habenda, ut eleganter not. Paul. de Castr.* (2). *Qualiter autem probetur, quod quis fuerit usus jure suo, seu jure servitutis, plene habetur per glo. Bart. et Dd.* (3). *Secundum, quod requiritur bona fides, quia credebat sibi servitutem competere* (4), *quod verum, si vult praescribere longo tempore, secus si longissimo puta* 30 *vel* 40 *annorum: quia de jure Digest. et Cod. etiam sine bona fide poterat praescribi, sicut dominium* (5), *hodie vero de jure canonico nullo modo potest* (6) *Sed advertendum quia ubi constat vere de mala fide, procedunt praedicta. Sed ubi esset praesumpta mala fides tantum, tunc post* 20 *annos talis praesumptio malae fidei non potest allegari, casus est not. et ibi hoc not. Bart. qui ita dicit intelligi* in l. fin. C. unde vi, *et idem not. Ant. de Butr.* (7).

prescriverebbe. E però se alcuno passò per lungo tempo attraverso il tuo fondo per qualche strada ivi esistente, la quale stimava pubblica ed aperta a chiunque, non acquista la servitù di passaggio, quantunque l' abbia frequentata per tanto tempo di cui non resta memoria in contrario, ned acquista l' interdetto di passaggio e condotta privata necessario per avere la detta servitù, come elegantemente nota Paolo di Castro. In qual modo poi si pruovi che alcuno abbia usato del suo diritto, o del diritto di servitù, lo si apprende dalla glossa di Bartolo e dei Dottori. Seconda: si richiede la buona fede per la quale alcuno credeva a se competere la servitù. Questa occorre se si vuole prescrivere col lungo tempo; non occorre se vuolsi prescrivere col lunghissimo, per es. di 30 o 40 anni; perchè in virtù delle Pandette e del Codice anche senza buona fede la servitù si poteva prescrivere, come il dominio; oggidì poi, secondo il gius canonico, non si può in alcun modo. È da avvertirsi però che le predette cose hanno luogo ove siavi argomento verace di malafede; ma non già ove questa fosse presunta soltanto, perchè dopo 20 anni la presunzione di malafede non può essere allegata. Questo è caso notabile e considerato da Bartolo, il quale dice che in tal guisa dev' essere intesa la legge fin. Cod. *unde vi*; e lo stesso nota Antonio da Butrio.

II. *Numquid autem in dubio bona fides praesumatur? videtur quod sic* (8). *Dicas in hoc, quod si quis possedit cum titulo, regulariter praesumitur bona fides, nisi probaretur contrarium quod fallit, quando titulus esset improbatus a lege, quia tunc semper praesumitur mala fides* (9), *et ibi hoc not. Bar. quem omnino vide. Item fallit, quando fuisset denunciatum ne emeret* (10). *Item fallit, si coram aliquibus dixisset, se scivisse rem esse alienam. Item si de hoc erat fama in vicinia, et ipse erat vicinus* (11). *Item si procuravit habere titulum* (12), *sed si quis possideat,*

II. Nel dubbio poi la buona fede si presume ella mai? Sembra che sì. Dirai in questo proposito che se alcuno possede con titolo, la buona fede in lui si presume di regola, finchè non sia provato il contrario; il che non avviene, allorquando il titolo fosse riprovato dalla legge, perchè allora si presume sempre la mala fede. Ciò nota Bartolo, il quale consulta interamente in questo riguardo. Del pari non avviene, quando il possessore fosse stato denunciato affinchè non comperasse. Del pari quando egli alla presenza di alcuni avesse confessato di aver saputo la cosa appartenere ad altri. Pari-

(1) *L. fin. l. et ibi not. quemad. servitus amittat. et l. qui jure familiaritatis, de acquirend. possess.*
(2) *In d. l. fi.*

(6) *Ut in c. fin. extra de praescript. et in c. possessor. malae fidei, lib.* 6.
(7) *In c. saeve in* 5. *colum. versic. item hoc ve-*

Digitized by Google

vel quasi sine titulo, tunc regulariter praesumitur mala fides (1). *Item si quis sciebat fundum alienum esse, nec habebat aliquem titulum concessionis servitutis, praesumitur mala fides: quia sciebat vel scire debebat, non posse uti illo fundo sine licentia domini: requiritur ergo, quod credat se habere servitutem, qua utitur, licet revera non habeat: sed erravit in facto, quia forte audiverat a patre suo hoc dici, vel erat publica vox in vicinia, nam hoc tribueret justam causam credendi, et sic bonam fidem* (2).

III. *Adverte tamen, quia licet aliquando bona fides praesumatur* (**): *tamen in casibus, in quibus requiritur, non sufficit quod praesumatur, sed ipsa debet deduci et allegari* (3), *et vide ad hoc Bart.* (4), *ubi dicit, quod super non allegatis non cadit praesumptio, et idem not. Bald.* (5), *quia vidi multos errare hoc non perpendentes. Et quod dixi de bona fide, intellige quod requiritur in servitute praescribenda.*

IV. *Sed numquid in libertate praescribenda requiratur bona fides* (6)? *et dic quod in praescribenda libertate personali requiritur bona fides* (7). *Sed in praescribenda libertate distingue. Aut loquimur de libertate rei urbanae, et requiritur bona fides* (8). *Aut rei rusticae, et non requiritur bona fides* (9). *Et ratio diversitatis est, quia in scribenda libertate requiritur factum, et usus praescribentis, et ideo non mirum, si ejus bona fides requiritur, sed in realibus non requiritur aliquod factum hominis praescribentis, sed sola negligentia ex parte admittentis. Ideo non consideratur in admittendo bona fides adversarii* (10). *Tertium quod requiritur in ista praescriptione, est quod quis fuerit usus longo*

(1) *Ut not. l. fin. C. unde vi.*
(2) *Ut not. Bal. in d. l. Celsus, in 2. col. et in*

mente se di ciò correva fama nel vicinato ed egli stesso era un vicino. Così pure se procurò di avere il titolo; ma se alcuno posseda quasi senza titolo, allora di regola la malafede si presume. Del pari si presume la malafede in quello che sapeva il fondo essere d' altri, e non aveva alcun titolo di concessione di servitù; avvengachè sapesse o sapere dovesse che non poteva usare di quel fondo senza licenza del proprietario. Richiedesi adunque che creda di avere quella servitù della quale usa, benchè invero non l'abbia, cioè a dire ch'abbia errato nel fatto, o perchè udì il padre suo asserir questo, o perchè tale era la pubblica voce nel vicinato; imperciocchè ciò costituirebbe una giusta causa di credere e per conseguenza la buona fede.

III. Avverti nondimeno che sebbene la buona fede talvolta si presuma (**), tuttavia nei casi, ne' quali richiedesi, non basta che si presuma, ma dev'essere dedotta ed allegata. E in questo argomento vedi Bartolo, il quale dice che sopra ciò che non è allegato la presunzione non cade, e lo stesso dice anche Baldo, e tienlo a mente, perch' io vidi molti errare che ciò non considerarono. E quanto dissi intorno la buona fede intendi essere necessario per prescrivere la servitù.

IV. Ma la buona fede non si richiederà forse nel prescrivere la libertà? Rispondi ch'ella è necessaria nella prescrizione della libertà personale. Ma nel prescrivere la libertà, distingui: O parliamo della libertà di una cosa urbana e la buona fede si richiede; o di quella di una rustica ed allora non si richiede. E la ragione della differenza è questa: perchè nel prescrivere la libertà si ricercano il fatto e l'uso del prescrivente, e però nessuna meraviglia se si richieda la di lui buona fede; ma nelle cose reali non è necessario alcun fatto di chi prescrive, sì la sola negligenza di chi ammette; e perciò nello ammettere non si considera la buona fede dell'avversario. La terza cosa che si richiede in questa prescrizione si è che alcuno abbia usato per lungo tempo, cioè per

(5) *In l. si certis annis, in 5. col. Cod. de pact. quod bene not. in pract.*

Digitized by Google

tempore, videlicet 10 annis inter praesentes et 20 inter absentes (1), *quod est verum in praedio privati, sed in praedio ecclesiae requiritur tempus 40 annor., sicut in praescriptione dominii rerum ecclesiae* (2), *circa quod adde quod dicam infra, vers. sed contra hoc opponitur. Quartum quod requiritur, est quod usus fuerit sciente adversario* (3) *et etiam eo patiente* (4), *et in ista scientia et patientia consistit quasi possessio jurium incorporalium. Quod limita principaliter duobus modis.*

V. *Primo, scilicet, ut scientia et patientia adversarii requiratur, volendo praescribere longo tempore, sed si longissimo, scilicet 30 vel 40 annis, secus: nam tunc non requiritur scientia nec patientia adversarii, sicut enim operatur titulus, ut possim praescribere adversario ignorante vel non patiente, ita etiam operatur longissimum tempus quando titulus non intervenit, ut singulariter dicit Paul. de Castr.* (5). *Secundo fallit, quando praescribens haberet titulum a quodam tertio, qui tamquam dominus illius fundi concessisset servitutem illius fundi, cum non posset, tunc praescribitur etiam ignorante vero domino, sicut praescriberet dominus ipsius rei* (6), *et hoc voluit expresse Petr. ut refert Cyn.* (7), *dum loquitur in servitute formata, qua quis habet titulum, et hoc etiam sequitur Paul. de Castr.* (8), *quae dicit, quod de hoc est text.* in l. si ego § 1. de publ. *in alternativa quae ponitur ibi, dum dicit, quod per traditionem consistit, vel per patientiam. Nam per traditionem dicitur constituta, quando habet titulum a tertio, et non videtur requiri patientia domini, et dum subdit, per patientiam, loquitur quando non habebat titulum, quo casu bene requiritur, et ista est singularis limitatio ad illud quod communiter dici solet, quod in juribus incorporalibus non est dare quasi possessionem, nisi per scientiam et patientiam domini, quod contingere potest in multis, ut in pascuis et aquae ductibus, et jurisdictionibus, et iure piscandi, de quibus*

10 anni fra' presenti e 20 fra gli assenti; il che sempre è vero rispetto a' fondi privati, ma riguardo ai fondi di chiesa è necessario il tempo di 40 anni, come nella prescrizione del dominio delle cose ecclesiastiche; intorno a che aggiungi quanto dirò più sotto. La quarta cosa che si richiede è ch'abbia usato con iscienza dell'avversario ed eziandio con la sua pazienza, ed in questa scienza e pazienza consiste il quasi possesso dei diritti incorporali. Lo che restringi principalmente in due modi.

V. Primo cioè: che si richiedano la scienza e pazienza dell'avversario, volendo prescrivere col lungo tempo; ma non si richiedano col lunghissimo, ovvero con 30 o 40 anni. Imperciocchè allora non è necessaria la scienza nè la pazienza dell'avversario; essendochè siccome il titolo reca l'effetto ch' io possa prescrivere nella ignoranza o non pazienza dell'avversario, così lo reca il tempo lunghissimo quando non vi sia titolo, come singolarmente nota Paolo di Castro. Secondo: non si richieggono la scienza e pazienza dell'avversario, quando il prescrivente abbia avuto il titolo da un terzo, il quale a guisa di padrone di quel fondo avesse concessa la servitù sopra di esso, mentre non lo poteva; perchè in tal caso si prescrive eziandio nell'ignoranza del vero proprietario, come prescriverebbe il padrone della stessa cosa. Questa è opinione espressa di Pietro, al dire di Cino, ove parla della servitù formata nella quale alcuno ha titolo, ed è seguita da Paolo Castrense, il qual dice che vi è testo apposito nella legge *si ego § 1 de publ.*, nella alternativa ch' ivi è posta, cioè ch'essa esista o per tradizione o per pazienza. Imperciocchè si dice costituita per tradizione la servitù allorquando riceve il titolo da un terzo, ed allora non sembra necessaria la pazienza del proprietario; e quando la detta legge sostituisce: *o per pazienza*, si riferisce al caso in cui non vi sia titolo, ed allora è ben necessaria. Questa è singolare limitazione a ciò che comunemente si suol dire, che nei diritti incorporali non si può dare il quasi possesso se non mediante la

Digitized by Google

pauci sunt qui hoc advertant, quia communiter dicitur, quod quis non posset in his praescribere, nisi cum scientia et patientia adversarii, et hoc debet probare. Sed tu adverte an habeat titulum (***), *vel non, quia, si habet titulum, non est opus probare scientiam, vel patientiam, secundum Paul. de Castr.* (1), *quod singulariter tene menti.*

VI. *Sed numquid requiratur titulus in istis servitutibus praescribendis? Dicas breviter, quod non* (2); *et idem no. expresse Innocen.* (3), *et istud teneas, licet aliqui dixerint, quod requiratur saltem allegatio tituli, et not. bene. Istud tamen fallit in usufructu et praediis ecclesiae, ut statim dicam, et intellige de titulo non solum habito a domino praedii servientis, nam de illo dubium non est, quod requiritur ad praescribendam: quia si a vero domino titulus haberetur, statim servitus acquisita esset, et non esset necessaria praescriptio* (4), *sed intelligo etiam de titulo habito a quodam tertio, puta quia Titius tamquam dominus praedii tui, cum non esset, concessit mihi servitutem in eo, et ego credens ipsum dominum esse, forte quia possidebat, frui usus servitute longo tempore, te sciente et patiente, ratione illius concessionis: nam etiam talis titulus non requiritur ad praescribendam talem servitutem realem. Et ratio, quia in servitutibus et juribus incorporalibus titulus non requiritur, sed in corporalibus sic, ut est iste: quia istae servitutes reales quaeruntur rei, quae sibi non potest de titulo providere, sed alia jura incorporalia quaeruntur personae, quae sibi de titulo providere potuit, et ista fuit ratio Pet. Item est et alia ratio quia in corporalibus agitur de majori praejudicio, scilicet de acquisitione dominii, quam in incorporalibus: quia tunc sola res afficitur, et ejus tantum conditio gravatur, et haec fuit ratio Dyn.* (5), *quam sequitur Cyn.* (6); *et videtur mihi verior, et ideo in praescribenda servitute ususfructus requiritur titulus, cum ususfruct. sit pars dominii* (7),

diritto di pesca, intorno le quali ogni giorno sorgono liti in queste parti, e pochi sono che ciò avvertano (***); perchè comunemente si dice che nessuno possa in esse prescrivere senza la scienza e pazienza dell'avversario e senza provarle. Ma tu osserva se la servitù abbia titolo o no, perchè se ha titolo, non occorre provare la scienza o la pazienza, secondo che dice Paolo di Castro; il che singolarmente ricorda.

VI. Ma si richiede forse titolo nel prescrivere siffatte servitù? Rispondi brevemente, che no; e questo ritieni, quantunque alcuni abbiano detto che per lo meno abbisogna l'allegazione del titolo; lo che nota bene. Havvi però un' eccezione per l'usufrutto e pei fondi di chiesa, come subito dirò; ed intendi del titolo non solamente avuto dal proprietario del fondo serviente (perchè rispetto a questo non v' ha dubbio che ei faccia d'uopo per prescrivere, essendo che se il titolo provenisse dal vero padrone, incontanente la servitù sarebbe acquistata e non occorrerebbe la prescrizione), ma eziandio del titolo avuto da qualche terzo, verbigrazia, perchè Tizio, come proprietario del tuo fondo, mentre non lo era, concesse a me una servitù su quello, ed io, credendo esser egli padrone, forse perchè possedeva, usai della servitù per lungo tempo con tua scienza e pazienza in causa della concessione; imperciocchè neppur questo titolo è necessario a prescrivere siffatta servitù reale. E la ragione è questa: perchè nelle servitù e ne'diritti incorporali il titolo non occorre, ma è necessario nei diritti corporali, come in questo caso; avvegnachè tali servitù reali si dimandano alla cosa che non può provvedersi di titolo; ma gli altri diritti incorporali si dimandano alla persona, la quale potè provvedersene; e questa fu ragione addotta da Pietro. Del pari v' ha un'altra ragione: perchè nelle cose corporali si tratta di un pregiudicio più grande che non avvenga nelle incorporali, cioè dell'acquisto del dominio; dacchè allora la sola cosa resta affetta, e gravata soltanto la sua condizione; e questa fu ragione addotta da Dino e seguita da Cino, e sembra la più vera. Perciò nel prescrivere la servitù d'usufrutto richiedesi un titolo, con-

Digitized by Google

et per consequens in eo praescribendo tractetur de magno praejudicio ad similitudinem praescriptionis rerum corporalium. Sed contra haec opp. et imo videtur, quod in praescribenda servitute verus titulus requiritur, nam ille qui servitutem praescribit, habet contra se dispositionem juris communis: quoniam omne praesumitur liberum, nisi probetur habere servitutem (1), *ergo videtur, quod non solum allegatio, sed etiam tituli probatio sit necessaria* (2). *Inn. solvit hoc contrarium, quod non dicitur contra se habere jus commune qui praescribit servitutem: quia jus non prohibet quem habere servitutem in praedio alieno, sed tunc dicitur habere jus commune contra se, puta si unus episcopus exercet jurisdict. in dioecesi alterius episcopi; dicit Paul. de Cast.* (3), *quod non comprehendit, quid sit hoc dicere: quia verum est, quod in praedio alieno non prohibetur habere servitutem volente et consentiente domino, sed eo nolente sic, et eodem modo unus episcopus volente alio episcopo; unde dicit ipse, quod* c. 1 de praescriptione in 6 *loquitur de praescriptionibus currentibus contra ecclesiam, vel res ecclesiae, secus contra privatum.*

VII. *Et ideo ipse concludit, quod qui vult praescribere servitutem in praedio ecclesiae, cum habeat contra se jus commune, necesse est ut habeat titulum saltem a non domino: vel etiam a domino titulum utilem* (4), *quia si esset utilis, non esset necessaria praescriptio* (5). *Potest etiam dici, quod Innoc. bene solvit, quia volens servitutem praescribere, non habet jus commune contra se, quia est praeter jus commune, et tunc diceretur contra jus commune, quando expresse prohiberet praescriptionem* (6). *Quintum quod requiritur ad praescribendam servitutem, quando est negativa, ut servitus altius non tollendi, scilicet prohibitio usus* (7). *Et ideo in istis servitutibus quae consistunt in prohibendo, ut est servitus altius non tol-*

ciossiachè l'usufrutto sia parte del dominio, e per conseguenza nella di lui prescrizione si tratti di un grande pregiudizio a simiglianza della prescrizione delle cose corporali. Ma contro queste opinioni sembra, che nel prescrivere la servitù sia necessario un titolo vero, perchè quegli che prescrive la servitù ha contro di sè la disposizione del gius comune, essendo che ogni cosa si presuma libera finchè non sia provato aver servitù; perciò sembra che sia necessaria non solamente l'allegazione del titolo, ma eziandio la sua pruova. Questa contrarietà è risoluta da Innocenzo; il quale dice che quegli che prescrive la servitù non ha contrario il diritto comune, perchè questo non proibisce che alcuno abbia servitù nel fondo altrui; ma si dice invece aver contrario il diritto comune quel vescovo, per esempio, che esercita giurisdizione nella diocesi d'un altro vescovo. Paolo di Castro scrive che non comprende che cosa voglia dir questo; perchè è bensì vero che non è vietato possedere una servitù nel fondo altrui con volontà e consentimento del proprietario, ma lo è però quando questi non voglia; e nello stesso modo un vescovo potrà esercitare giurisdizione col consenso dell'altro; donde trae la conseguenza che il c. 1 *de praescript. lib.* 6 parla delle prescrizioni correnti contro la chiesa o le cose di chiesa, non mai di quelle contro un privato.

VII. E però lo stesso Paolo conchiude, che chi vuol prescrivere la servitù nel fondo ecclesiastico, quando abbia contrario il gius comune, è necessario ch'abbia un titolo almeno da un terzo, oppure anche un titolo utile dal proprietario; perchè se fosse utile non sarebbe necessaria la prescrizione. Può dirsi eziandio che Innocenzo risolve bene, perchè quegli che vuol prescrivere la servitù non ha contro a sè il diritto comune, ma sta fuori di esso, ed allora si direbbe aver contrario il gius comune quando questo espressamente proibisse la prescrizione. La quinta cosa che si richiede per prescrivere la servitù, allorch' è negativa, come quella di non erger più alto, è la proibizione dell' uso. E però in queste servitù che consistono nel proibire, com'è la sopraddetta, non si ac-

(1) *L. altius, 8. C. de servit.*
(2) *Per c. 1. de praescript. lib. 6. Innoc. in c. diligenti, de praescript.*
(3) *In d. l. servitut.*
(4) *Juxta quae habentur in c. 4. de praescrip.*
(5) *L. sequitur, § lan. de usucap. quod not. pro liminatione l. si quis diuturno, si serv. vind.*
(6) *Ut not. in dict. c. 1. de praescript. in 7.*
(7) *Ut not. gloss. in l. qui luminibus, de serv. urb. praed. et in l. Cod. de serv. et gloss. 3. in c. abbate, de verb. sign. et Dyn. in l. prius de nov. operis nunc.*

Digitized by Google

lendi, non acquiritur quasi possessio, nisi per prohibitionem ex parte praetendentis servitutem, et patientiam adversarii. Sed in his, quae fiunt in faciendo, ut aquaeductus, et simil. non requiritur prohibitio, sed usus et patientia adversarii, quia in his consistunt quasi possessio: et in praedictis negativis servitutibus sufficit unus tantum actus prohibitionis ad hoc, ut quaeratur ista quasi possessio, puta ne altius tollas, vel per fundum vadas (1). *Sed in affirmativis, ut eundi per fundum, vel aquam ducendi. Dic quod si sunt tales, in quibus possit esse usus per modum facultatis et familiaritatis, ut itineris, quia permissum est ire per fundum tuum donec prohibearis* (2), *et tunc requiritur, quod iverit saltem 30 diebus, ad hoc ut constituatur in quasi possessione* (3). *Sed si non potest in eis esse usus ratione familiaritatis, puta ducere aquam per fundum tuum: in ista quasi possessione quaerenda, etiam unicus actus sufficit* (4). *Sextum quod requiritur, est tempus, scilic. longum, quando servitus habet causam continuam, vel quasi: sed si habet causam discontinuam regulariter requiritur tantum tempus, cujus non extet memoria in contrarium, de quo dic ut plenius dixi* in princ. hujus 8. q. princ. *Septimum et ultimum requiritur, ut praescribens sit dominus fundi, cui servitus est acquirenda completa praescriptione, alias, si esset simplex possessor, sic ut non posset ei fundum acquirere per pactum* (5), *ita per praescriptionem, sic ut nec posset servitutem imponere, etiam si partem dominii in fundo haberet* (6), *licet aliquando plus possit praescriptio quam pactum* (7).

quista il quasi possesso se non mediante la proibizione da parte di chi pretende la servitù e mediante la pazienza dell'avversario. Ma in quelle che consistono nel fare, come l'acquedotto e simili, non si dimanda la proibizione, ma l'uso e la pazienza dell'avversario, perchè in questi sta il quasi possesso. E nelle predette servitù negative basta un solo atto di proibizione onde conseguire il quasi possesso, verbigrazia, che non erga più alto, o che non vada pel fondo. Ma nelle affermative, come in quelle di passare pel fondo o di condur acqua, conviene che tu distingua: perchè se sieno tali nelle quali l'uso possa aver luogo a modo di facoltà e famigliarità, come in quella di passaggio, poichè è permesso passare pel tuo fondo finchè nol proibisca, occorrerà che io vi sia passato almeno per 30 giorni onde si costituisca il quasi possesso. Che se sieno tali in cui non possa esservi uso in causa di famigliarità, come il condurre l'acqua pel tuo fondo, allora per conseguire il loro quasi possesso basterà eziandio un unico atto. La sesta cosa che si dimanda è il tempo; cioè il lungo quando la servitù ha una causa continua o quasi continua; ma quando ha una causa discontinua, di regola ricercasi tanto tempo del quale non resti memoria in contrario; intorno a che dirai com' esposi più compiutamente nel principio di questa 8.ª *quest. princ.* Settimo ed ultimo requisito è che il prescrivente sia proprietario del fondo al quale la servitù deve acquistarsi colla compiuta prescrizione, perchè non prescriverebbe se fosse semplice possessore del fondo. Siccome non potrebbe acquistare per patto alcuna servitù al fondo, così non potrebbe acquistargliene per prescrizione, nello stesso modo come non potrebbe imporgliene, anche se avesse una parte di dominio di quello; benchè talora valga più la prescrizione che il patto

VIII. *Ex praedictis autem collige secundum Flor.* (8) *septem specialia in ista praescriptione servitutum et jurium incorporalium. Primum est, quod non requiritur vera possessio, sed quasi, quia jura incorporalia non possunt possideri* (9).

VIII. Dalle cose predette, seguendo Floriano, raccogli sette cose speciali in questa prescrizione delle servitù e dei diritti incorporali. La prima è che non si richiede il vero possesso, ma il quasi possesso, perchè i diritti incorporali non possono essere posseduti. Se-

Digitized by Google

Secundum, quod procedit contra possidentem (1), *quod non est in rebus corporalibus* (2). *Tertium, quia non requiritur titulus* (3), *ergo sufficit etiam non solemnis, ut habetur* (4). *Quartum, quia requiritur scientia ejus contra quem praescribitur* (5). *Quintum, quia* (****) *requiritur etiam adversarii patientia* (6). *Sextum, quia aliquando requiritur prohibitio pro adipiscenda quasi possessione: eo quia non cadit aliquis actus alius corporalis pro ea adipiscenda, qui sit conformis juri quaerendo, nisi prohibitio, ut dixi supra in versic. quintum* (7). *Septimum, quia praescriptio longi temporis in istis corporalibus interrumpetur per solam missionem executoris, licet secus sit in corporalibus* (8). *Sed Barthol. limitat haec procedere, quando praescribens non habet titulum: quia tunc solum ex negligentia non potentis causatur, ideo insurgente vigilantia impeditur* (9), *sed si haberet titulum, non sufficeret sola missio executoris, quia illa non causatur ex sola negligentia* (10), *et hoc procedit de jure civili, sed de jure canonico secus, quia omnis praescriptio, de jure can. impeditur per solam missionem executoris. Ratio, quia superveniens mala fides, etiam sine aliquo judicio praescriptionem impedit* (11), *et hoc tenet in Bald., quem sequitur Angel. de Aret.* (12), *teneo quod illud servandum esset in foro civili* (13).

IX. *Naturalis autem interruptio impedit praescriptionem etiam longissimi temporis in istis incorporalibus* (14), *et hoc facit contra eum, qui vult praescribere molendini clusam quam cursus aquarum semper interrumpit, ut non videatur praescribere quia perditur possessio, quod est verum, si destruatur in totum, vel pro majori parte, alias secus* (15), *et hoc tenent Baldus et Angel.* (16) *quod notandum est. Et per haec expeditus est unus modus*

conda, che corre contro chi possede, lo che non accade nelle cose incorporali. Terza, che non abbisogna il titolo; dunque, benchè non solenne, esso è sufficiente. Quarta, che si richiede la scienza di colui contro il quale si prescrive. Quinta, che (****) è necessaria eziandio la pazienza dell'avversario. Sesta, che talvolta è necessaria la proibizione per acquistare il quasi possesso, perchè non occorre a tale uopo altro atto corporale che sia conforme al diritto da conseguirsi, tranne la proibizione, come dissi nel quinto versetto. Settima, che la prescrizione di lungo tempo in questi diritti incorporali s' interrompe per la sola missione dell' esecutore, benchè avvenga altrimenti nei corporali. Ma Bartolo restringe queste cose soltanto al caso in cui il prescrivente non abbia titolo; perchè allora essa dipende soltanto dalla negligenza di chi non può, e però s'impedisce col sorgere della vigilanza; che se avesse titolo, non basterebbe la sola missione dell'esecutore, perchè non sarebbe causata dalla sola negligenza. Ciò avviene nel gius civile, non già nel canonico, perchè per questo ogni prescrizione s' interrompe colla sola missione dell'esecutore. La ragione si è, perchè, sopravvenendo la mala fede, questa impedisce la prescrizione anche senza giudizio alcuno; locchè è ritenuto da Baldo e seguito da Angelo d' Arezzo, ed io pure opino che debba osservarsi nel foro civile.

IX. L' interruzione naturale poi impedisce la prescrizione di lunghissimo tempo nelle dette cose incorporali; e questo vale contro di quello che volesse prescrivere la chiusura del molino, la quale è sempre interrotta dal corso delle acque, in guisa che non sembra avvenire prescrizione per la perdita del possesso; locchè è vero se sia distrutta totalmente o nella maggior parte, ed altrimenti se no; e questa è opinione di Baldo e di Angelo, degna d' esser notata. Per le cose fin qui dette è già dimostrato

(1) *Ut habetur Inst. de act. § aeque.*
(2) *Ut ibi, vt l. 2. C. de praescript. 30. ann. not. per gloss. in l. 1. in fin. Cod. de serv. fugit. et ibi Dd.*
(3) [illegible]
(8) *Quod requiritur ad praescribendum servitutem.*
(9) *C. dr praescript. 30. annor. l. sicut.*
(10) *Ut habetur in d. l. sicut.*

Digitized by Google

acquirendi servitutem per praescriptionem, ac etiam perfecte expedita est materia praescriptionis in acquisitione servitutum. De praescriptione autem in servitute amittenda, dicam in decima et ultim. quaest. *Item constituuntur etiam omnes servitutes non per traditionem veram, quia incorporalia non recipiunt traditionem* (1), *sed quasi traditionem, quae per scientiam et patientiam domini, ipso me ducente in possessionem, unde etiam cavet, quod me non impediat utentem* (2).

X. *Item constituuntur servitutes, ut patiaris me uti servitute per praedium tuum, non autem constituuntur, ut tu aliquid non facias in tuo, puta ne eas per fundum tuum, neve ibi consistas, neque eo fruaris, secus si concederes mihi jus, tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia* (3), *nec etiam constituuntur ut tu aliquid facias in tuo: puta viridaria tollas, amoeniorem prospectum praestes, vel in tuo pingas* (4), *quod in servitute oneris ferendi dicitur, ut is debeat sustinere parietem vel columnam qui debet servitutem oneris ferendi in pariete vel columna sua* (5). *Item servitutes constituuntur in fundo simpliciter: quo casu totus fundus servitute afficitur, ut per quamlibet ejus partem ire agere liceat* (6), *nisi domino praedii certus locus servitutis designetur* (7), *de quo dic*, ut dicam in 2. quaest. princip. *Item omnes servitutes constitui possunt ad partem praedii divisam* (8), *non autem ad partem indivisam* (9). *Constituta autem servitute meo praedio, si nanciscor ejus dominium pro parte indivisa, pro ea parte servitus extinguitur et pro alia remanet* (10); *sin autem non est constituta in toto praedio, sed tantum promissa, extingueretur servitus in totam, me adepto dominium praedii* (11), *nam multa impediuntur facienda, quae non dissolvuntur jam*

uno de' modi di acquistar servitù per la prescrizione ed è pienamente spedita eziandio la materia della prescrizione nell'acquisto della servitù. Della prescrizione poi nel perdere la servitù parlerò nella *decima ed ultima quistione* (*a*). Del pari tutte le servitù si costituiscono ancora, non colla vera tradizione, perchè le cose incorporali non ammettono tradizione, ma colla quasi tradizione, la quale avviene mediante la scienza e pazienza del proprietario, entrando io stesso in possesso; dond' è ancora che dee guardarsi d' impedire il mio uso.

X. Del pari le servitù si stabiliscono affinchè tu soffra ch' io usi della servitù nel tuo fondo, non però affinchè tu in quello non faccia qualche cosa, verbigrazia che tu per esso non passi, nè vi ti soffermi, nè faccia uso. Altrimenti sarebbe se tu mi concedessi il diritto d' impedire che tu attinga l'acqua nel tuo fondo per non diminuire l'acqua mia. Nè pure si costituiscono affinchè tu faccia qualche cosa nel tuo, per esempio, che tu distrugga i giardini, faccia più ameno il prospetto o dipinga nel tuo fondo; come si dice avvenire nella servitù di portare il peso, perchè quegli che deve la servitù di soffrire il peso nella sua parete o colonna deve sostenere la stessa parete o colonna. Del pari le servitù si stabiliscono semplicemente nel fondo; nel qual caso tutto il fondo è affetto da servitù, in guisa ch' è permesso passare e condurre in ogni sua parte, se però il suo padrone non fissi un luogo certo per la servitù; intorno a che dirai *come nella* 2.ª *quest. princ.* Del pari le servitù si possono costituire in una parte diversa del fondo, non già in una parte indivisa. Costituita poi la servitù al mio fondo, se acquisto il dominio dell' altro in una parte indivisa, in questa la servitù si estingue e rimane nell' altra. Che se non fosse costituita in tutto il fondo, ma soltanto promessa, la servitù si estinguerebbe totalmente quand' io acquistassi il di lui dominio; conciossiachè molte cose trovano impedimenti nell' effettuazione, che fatte poi

(1) *De acquirend. rerum domin. l. servus, § incorporales.*

(6) *L. si cui, de serv. et l. si mihi concesseris, cum l. seq. l. si via de serv. rust. praed.*

Digitized by Google

facta (1), *item non potest constitui pars servitutis, ut quis teneatur ad partem ejus: quia omnes servitutes individuae sunt, praeter servitutem ususfruct.* (2), *et si promissor vel stipulator servi decessit, quilibet haeres tenetur insolidum, et quilibet haeres stipulatoris agit insolidum* (3). *Item licet unus ex sociis non possit per pactum acquirere servitutem fundo communi* (4), *tamen per tempus seu temporis lapsu, hoc est praescriptione, acquirere potest* (5).

XI. *Ex quo not. quod aliquando plus potest praescriptio, quam pactum* (6). *Item potest constitui servitus certo modo, ut cum certo genere vehiculi non agatur, veluti cum equo duntaxat, vel ut certum pondus vehatur, vel ut res illae traducantur, aut carbo portetur* (7). *Item potest constitui servitus, ut usus servitutis temporibus secerni possit, puta ut quis post horam tertiam usque in horam decimam eo jure utatur, vel alternis diebus utatur* (8), *et hoc servatur in multis locis in aquaeductu. Item servitus potest imponi et restringi ad certum tempus: puta ut liceat ire de die tantum, et non de nocte, maxime in urbanis praediis* (9).

XII. *Ex quo not. ibi Paul. de Cast. quod non est licitum ire per civitatem, nec per domos alienas. Item constitui potest servitus etiam de aedificio futuro* (10). *Item constitui potest, ut aquam quaerere, et inventam ducere liceat* (11), ut dixi supra in illa quaestion. *in quibus rebus potest servitus constitui, et omnia quae ibi dicuntur, possunt hic addi. Item servitus navigandi potest per lacum perpetuo constitui* (12). *Item via, iter, actus, haustus aquae fere iisdem modis constituuntur, quibus ususfructus constitui potest* (13). *Item servitus ipso jure neque ex tempore, neque ad tempus, neque ad certam conditionem, verbi gratia, quamdiu volam, constitui potest. Sed si*

non si disciolgono. Parimente non può costituirsi una parte di servitù, onde alcuno per essa sia obbligato; imperocchè tutte le servitù sono individue, tranne la servitù di usufrutto; e però se chi promise o stipulò la servitù sia morto, qualunque erede di lui è tenuto solidalmente, e solidalmente può agire. Del pari, sebbene alcuno de' soci non possa mediante patto acquistare servitù al fondo comune, nondimeno col tempo, o col lasso di tempo, cioè colla prescrizione, può farlo.

XI. Dal che ricava questo di notabile: che talvolta può meglio la prescrizione che il patto. Parimente può la servitù essere costituita in un dato modo, come, che non si faccia uso di certa specie di vetture, oppure del cavallo soltanto, che si trasporti un peso determinato, o quelle date cose si traducano, o si porti il carbone. Del pari può stabilirsi in guisa la servitù che il suo uso sia diviso in certi tempi, per esempio, che alcuno possa usare di essa dopo l' ora terza e sino all' ora decima, oppure che possa usarne un giorno sì e l' altro no; e questo costume è osservato pegli acquedotti in molti luoghi. Parimente la servitù può imporsi e limitarsi ad un certo tempo, come, che sia permesso passare soltanto di giorno e non di notte, massime nei fondi urbani.

XII. Dal che Paolo Castrense deduce l'altro notabile, che non è lecito andare per la città e per le case altrui. Del pari può eziandio stabilirsi la servitù sopra un futuro edifizio. Del pari può statuirsi che si possa ricercar l'acqua e, trovatala, condurla, come dissi nella *quistione su quali cose possa costituirsi la servitù*, e tutto ciò ch' ivi è detto può aggiungersi qui. Parimente la servitù di navigare può essere perpetuamente costituita nel lago. Così pure la strada, il passaggio, la condotta, l'attingimento dell'acqua possono stabilirsi in quegli stessi modi ne'quali può costituirsi l'usufrutto. Parimente la servitù non può a rigor di diritto essere stabilita, nè da un certo tempo, nè fino un certo tempo, nè fino all'avverarsi d'una certa condizione, per esempio,

(1) *L. patre furioso, de his qui sunt sui vel alien. jur. et not. per gloss. in d. leg. pro parte.*
(2) *Ut dixi in 3. princ. divisione servit.*
(3) *Ut dist. loc. supra, et l. plus, de verb.*

(7) *Ut est text. in l. servit. 4. § 1. de servit.*
(8) *Ut est text. in l. via, § 1. de serv. et in d. l. servit. 4. § fin. eod. tit.*
(9) *Text. est cum gloss. in loc. item communis*

Digitized by Google

hoc modo constituitur, obstabit facti vel doli exceptio contra promissionem servitutis vendicanti (1). *Et pone exemplum ex tempore, scilicet, ut incipiat post Pascha, ad tempus, ut incipiat nunc, et duret usque ad Pascha, sub conditione, intellige, extinctiva, scilicet ut constituo tibi servitutem, quae extinguatur si navis ex Asia venerit, non autem intelligas de conditione inceptiva, videlicet, constituo tibi servitutem in tali fundo, si navis ex Asia venerit, quia sub conditione bene potest constitui servitus, sicut et dominium potest sic transferri, et possessio* (2), *quae gloss. faciens differentiam inter conditionem extinctivam et inceptivam, non est alibi, secundum Raph.* (3) *et Flor.* (4) *et communiter tenetur.*

XIII. *Et ex his nota quod servitutes reales et praediales ipso jure non recipiunt certum tempus ex parte ante ad impediendum originem, sed conditionem sic, sicut videmus in obligatione* (*****), *quae constitui non potest ex certo tempore* (5), *sed sub conditione sic* (6). *Ex parte vero post, id est ad ipsam obligationem servitutis faciendam, non recipiunt conditionem, nec diem, quantum ad substantiam ipso jure, sed obstat exceptio: quia tempus non est modus tollendae, etc., quia postquam incepit semel competere, durat perpetuo, sed adveniente die vel conditione, obstabit exceptio* (7). *Et hoc est quod dicere voluit text.* (8), *et in istis appositio temporis contra naturam actus non vitiat nec vitiatur, sed operatur in eo, quod operari potest circa ipsum, et non contra substantiam* (9). *Et de intellectu et materia* (10) *vide ibi plenius per Bar. et omnes Dd. et plenius per Rofred.* (11), *et vide quod dixi supra* in 6. quaest. princ. *Et adde quod licet servitus constitui possit ex parte ante, sub conditione ad impediendum originem, videlicet promitto tibi servitutem in tali fundo, si navis ex Asia venerit, tamen si ante even-*

finchè verrà. Ma se si costituisce in tal guisa, osterà alla promessa di chi vendica la servitù l'eccezione del fatto o del dolo. Ed ecco un esempio della servitù da un certo tempo: che cominci dopo Pasqua; di quella fino a un certo tempo: che principii adesso e duri sino a Pasqua; di quella sotto condizione (ed intendi risolutiva): ti costituisco la servitù che cesserà allorchè la nave verrà dall'Asia (nè intendi già della condizione sospensiva, per es., ti costituisco la servitù sul tal fondo quando la nave verrà dall'Asia); perchè la servitù può ben costituirsi sotto condizione, come in tal guisa possono trasferirsi la proprietà ed il possesso; lo che è notato dalla glossa, la quale facendo differenza fra la condizione resolutiva e la sospensiva, è unica, secondo Raffaello e Floriano, e come è comunemente ritenuto.

XIII. Dalle quali cose ricava che le servitù reali e prediali di diritto non ricevono un certo tempo innanzi dalla parte per impedire l'origine, sì la condizione, come vediamo nell'obbligazione (*****), la quale non può stabilirsi da un certo tempo, ma bensì sotto condizione. Dalla parte poi dopo, cioè per istabilire la stessa obbligazione di servitù, esse di diritto non ammettono condizione, nè tempo, riguardo alla sostanza per diritto, ma lor osta però l'eccezione, perchè il tempo non è modo di torre ec., e perchè dopo che la servitù cominciò a competere, dura perpetuamente; però, avvenendo la condizione od il giorno, osterebbe la eccezione. Ciò è dire quanto dir volle il testo; ed in queste servitù l'apposizione del tempo contro la natura dell'atto non vizia, nè è viziata, ma opera in esso che ciò può operare sopra di lui e non contro la sostanza. Del significato e della materia vedi più pienamente in Bartolo e in tutti i dottori e più ancora in Roffredo; e vedi eziandio ciò ch'io dissi *nella* 6.ª *quist. princ.* Ed arroge che sebbene la servitù si possa costituir prima dalla parte, sotto condizione ond'impedire l'origine, come: ti prometto la servitù su quel dato fondo se la nave verrà dall'Asia; nondimeno se prima dell'av-

Digitized by Google

tum conditionis tradidi, vel quasi, per patientiam transit in jus servitutis (1).

XIV. *Ex quo not. singulariter, quod sicut in re corporali qui tenetur dare sub conditione, si interim tradat corporaliter, transfert statim dominium* (2), *ita in jure corporali, si quis promisit uni dare sub conditione, si interim patiatur illum uti, quod pro traditione habetur* (3), *censetur illud jus proprietatem transferre, per gloss. illam notab. quam teneo, licet Angel., ibi dicat, quod non credat illam verum dicere.*

(1) *Digestis de solut. l. sub conditione, de jure dot. l. nisi secundum gloss. not. in d. l. 4. in versic. sub conditione, circa princ. ibi,* si ante cond. tradid. quae gloss. non est alibi, secundum Ang. et ibi Doct.

(*) *Praescript.* Adde Alex. *consil.* 34. *in* 2. *colum. in princ. in* 3. *volum.* Et multa in materia praescriptionis habes *in* 2. *volum. cons.* 188. *et in* 4. *vol. cons.* 99. *in* 1. *et* 2. *colum.* et an jus canonicum in materia praescriptionis deroget juri civili, vide Corn. *cons.* 16. *in* 2. *vol.*

(**) *Praesumatur.* Quomodo et quando in praescriptione requiratur bona fides, et quid de jure civili et canon. vide Alex. *cons.* 99. *in* 1. *colum. in* 4. *volum.* et an ex titulo praesumatur bona fides, *in cons.* 89. *in* 5. *volum.* et bona fides non praesumitur in eo, qui contra jura mercatur, vide Cornel. *cons.* 121. *in* 2. *volum.*

(***) *Titulum.* An titulus invalidus transferat dominium, vide Corneum *cons.* 108. *in* 1. *volum.* Et Alexand. *in* 5. *volum. in cons.* 89. et ibi, quod contra habentem titulum verum universalem, datur petitio haereditatis.

(****) *Patientia.* Adde Alex. *cons.* 1. *in* 5. *volum.* et ibi, an tolerans unum possidere, ita ut illa patientia egrediatur terminos tolerantiae.

(*****) *Obligat.* Obligatio et actio an sit nata ante diem, vel quomodo, vide Alex. *cons.* 2. *in* 4. *volum.* Et qui obligatur in foro animae naturalis obligationis, vide Corn. *cons.* 256. *in* 4. *volum.*

veramente della condizione feci la tradizione o quasi tradizione, mediante la pazienza è sorto il diritto di servitù.

XIV. Dal che singolarmente ricava: che siccome nella cosa corporale, che si deve dare sotto condizione, il dominio si trasferisce immediamente quando infrattanto venga sensibilmente consegnata; così nel diritto corporale, se alcuno promise dare ad un altro alcunchè sotto condizione, e frattanto soffra che questi faccia uso (il che sta in luogo della tradizione) si reputa trasferire la proprietà di quel diritto. Ciò ritengo in virtù della glossa anzidetta, benchè Angelo asserisca che non dice il vero (*b*).

(2) *L. dotis fructus, in fin. de jure dot.*
(3) *L. quoties,* 20. *de servit.*

(*) *Prescrizione.* Aggiungi Alessandro *cons.* 34, *col.* 2, *in princ. del* 3 *vol.* E molte cose nella materia della prescrizione troverai nel 2 *vol. cons.* 188, *e nel* 4 *vol. cons.* 99, 1 *e* 2 *col.* E se il gius canonico deroghi al gius civile nella stessa materia, vedi Corneo *cons.* 16, *vol.* 2.

(**) *Si presume.* Come e quando si richiegga la buona fede nella prescrizione, e che in proposito nel gius civ. e can. vedi Alessandro *cons.* 99, *col.* 1, *vol.* 4, e se la buona fede si deduca dal titolo, *vedi il cons.* 89, *vol.* 5, e che la buona fede non si presume in quello che compra contro diritto, vedi Corneo *cons.* 121, *vol.* 2.

(***) *Titolo.* Se il titolo invalido trasmetta il dominio, vedi Corneo *cons.* 108, *vol.* 1, ed Alessandro *nel* 5. *vol. cons.* 89; ed ivi, se sia data la petizione di eredità contro quegli che ha un titolo vero universale.

(****) *Pazienza.* Aggiungi Alessandro *cons.* 1, *volum.* 5, ed ivi; di chi tollera che uno posseda in guisa che la sua pazienza oltrepassi i termini della tolleranza.

(*****) *Obbligazione.* Se l'obbligazione e l'azione sieno sorte prima del tempo, o come, vedi Alessandro *cons.* 2, *vol.* 4. E chi sia obbligato di obbligazione naturale nel foro della coscienza, vedi Corneo *cons.* 256, *vol.* 4.

ANNOTAZIONI AL CAPO XX.

(*a*) Ecco per sommi capi le disposizioni del Codice Napoleone sull' acquisizione per prescrizione delle servitù prediali stabilite per fatto dell' uomo.

In genere la prescrizione per l' art. 2219 di quel Codice è un mezzo onde acquistare un diritto mediante il decorso di un determinato tempo e sotto le condizioni stabilite dalla legge.

In ispecie per l' art. 690 è un mezzo onde acquistare col decorso di quel tempo e sotto le suddette condizioni alcune servitù prediali stabilite per fatto dell' uomo.

Si acquistano cioè, secondo quell' articolo, per prescrizione le sole servitù prediali continue e nel tempo stesso apparenti.

Le continue non apparenti e le discontinue o apparenti o no non si acquistano per l' art. 691 mai per prescrizione, nemmeno se fosse immemorabile.

La stessa prescrizione che fa acquistare quelle servitù prediali ai privati le fa, per l' art. 2227, acquistare anche al Demanio, a tutti i pubblici stabilimenti ed ai Comuni.

Digitized by Google

Fra le persone private e queste persone morali la legge non fa in tale riguardo differenza. Contro queste ultime, la stessa prescrizione è anche operativa.

In quanto al tempo fissato dalla legge per la prescrizione che fa acquistare le azioni tanto personali quanto reali in genere, l' art. 2262 lo stabilisce in 30 anni.

Trent' anni per le suddette servitù prediali in ispecie sono, pel suddetto art. 690, il periodo che le fa acquistare.

I trent' anni, per l'analogia dell'art. 642, dovrebbero cominciare a decorrere dal momento in cui il proprietario del fondo dominante ha fatto e compiuto le opere esteriori che rendono apparente la servitù a carico del fondo serviente, secondo l' art. 609. Infatti da quel momento essa comincia veramente ad esistere.

Per compiere quella prescrizione il possessore attuale del fondo dominante può, per l' art. 2235, unire al proprio possesso quello del suo autore, qualunque sia la maniera con cui è ad esso succeduto, tanto a titolo universale o particolare, quanto a titolo lucrativo od oneroso.

In quanto alle condizioni par dalla legge stabilite per indurre la prescrizione acquisitiva in genere e quella delle suddette servitù prediali in ispecie, prima di tutto vi vuole il possesso.

Questo possesso per quelle servitù prediali sta, secondo l' art. 2228, nel godimento, nell' uso di esse.

Pegli art. 2228, 2229 quel godimento o quell' uso dev' essere :

1.° esercitato da noi stessi o per mezzo di un altro in nostro nome ;
2.° continuo ;
3.° non interrotto ;
4.° pacifico ;
5.° pubblico ;
6.° non equivoco ;
7.° a titolo di proprietà.

1.° Il possesso, ossia l' uso onde acquistare per prescrizione quelle servitù prediali, può essere esercitato tanto dal proprietario del fondo dominante, quanto da un altro in suo nome.

Quest' altro può essere p. e. un inquilino della casa, un fittajuolo del terreno, un usufruttuario di quella o di questo, un amministratore dell' immobile al quale si vuol far acquistare la servitù, un domestico del proprietario di quell' immobile ecc..

2.° Quel possesso o quell' uso dev' essere continuo.

È continuo quando sia esercitato non una o qualche volta soltanto ma pel decorso di 30 anni.

Perchè possa essere poi continuo, fa d' uopo che abbia cominciato. Senza cominciamento non havvi continuazione, possesso od uso continuo.

Ove la prescrizione fosse impedita da una delle cause accennate nell' art. 2236 e seguenti del Codice Napoleone, il possesso o l' uso non avrebbe cominciato. Non avendo cominciato non potrebbe continuare. Non potrebbe quindi parlarsi di possesso di uso continuo.

3.° Il possesso ossia l' uso non dev' essere interrotto.

Perchè sia tale fa d' uopo che il possessore della servitù prediale non sia stato turbato nè privato dell' uso di essa o da chi ne pretende libero il fondo serviente o da un terzo.

La privazione, il turbamento e quindi la interruzione può essere, per l'art. 2242 e seguenti, o naturale o civile.

Naturale, quando il possessore della servitù prediale è privato o turbato per più di un anno nel suo godimento o dal proprietario del fondo serviente o da un terzo.

Civile, quando vi abbia citazione giudiziale, precetto, sequestro, intimato a colui contro il quale si vuole interrompere il corso della prescrizione, ovvero quando il possessore godente la servitù prediale abbia riconosciuto il diritto di colui contro il quale la prescrizione era incominciata.

Il possesso, l' uso si ha come non interrotto quando l' apportatavi interruzione sia stata giudicata o riconosciuta inammissibile od insussistente.

Quando poi la interruzione sia stata validamente apportata, il possesso che l' ha preceduta non vale a far acquistare per prescrizione la servitù prediale. Fa d' uopo co-

Digitized by Google

minciare un nuovo possesso. Esso comincia al momento in cui fu ripreso l' esercizio della servitù.

Perchè inoltre quel possesso, quell' uso non sia interrotto fa d' uopo anche che il decorso della prescrizione non sia stato sospeso in uno dei modi portati dall'art. 2251 e seguenti del Codice Napoleone.

Il tempo della sospensione non è computato nel periodo richiesto onde prescrivere. Lo è bensì il tempo che l' ha preceduta e quello che le tien dietro dopo cessata.

Il possesso, l' uso che l' ha preceduta e seguitata è continuo per indurre la prescrizione. Ebbe luogo prima della sospensione. Durante essa non cessò ma rimase soltanto in pendente. Dopo di essa ripiglia il suo corso.

4.° Quel possesso od uso dev' essere anche pacifico. Per essere tale dev' essere continuo e non validamente interrotto.

Una interruzione giudicata o riconosciuta ingiusta non gli toglie il carattere di pacifico.

La sospensione anche fondata nelle leggi non toglie che sia pacifico il possesso, l'uso continuo e non validamente interrotto, che l' ha preceduta e susseguita.

5.° Il possesso, l'uso dev' essere anche pubblico. Cioè fa d' uopo che non sia clandestino, ma che sia tale da poter essere riconosciuto da chi ha interesse per riconoscerlo.

Quando cessando di essere clandestino divenga pubblico, la prescrizione come mezzo di acquisizione della servitù prediale comincia a decorrere dal momento in cui cessò la clandestinità e cominciò la pubblicità di esso.

6.° Il possesso, l' uso dev' essere inoltre non equivoco. Cioè non vi dev' essere dubbio sul punto che sia stato esercitato a titolo di servitù, vale a dire per imporre al fondo serviente l' obbligo di tollerare o di non fare a vantaggio del fondo dominante qualche cosa che altrimenti non avrebbe dovuto esservi tollerata, o che si avrebbe potuto fare o che non vi sarebbe stato obbligo di astenersi dal fare.

Equivoco sarebbe p. e. il possesso, l' uso, quando fosse incerto se taluno astenendosi dal fare, o tollerando sul proprio fondo qualche cosa, si astenesse per atto di mera sua facoltà, soffrisse per atto di semplice tolleranza, ovvero si astenesse e soffrisse a titolo di servitù prediale.

Mi spiego.

Io p. e. posseggo una casa. Sta nel mio diritto, nella mia facoltà di non ergerla più in alto. Se anche non la innalzo per 30 anni di più e se il proprietario della vicina casa che le sta dirimpetto trae semplicemente vantaggio da quel mio non innalzarla, io, ove nell' altro intervenga fra noi, esercito il mio diritto, fò atto di mera facoltà, ed il vantaggio che da ciò ritrae la casa vicina non è a titolo di servitù. Se al contrario volendo io innalzare di più la mia casa, il proprietario della casa vicina mi proibisca, ed io per quella proibizione tralasci di farlo, quel mio astenermi assume il carattere di servitù.

Per dare un altro esempio, io posseggo un terreno. Il proprietario del terreno vicino mi prega di accordargli per quel mio terreno il passaggio. Tollero che vi passi, per favore, per benevolenza, per famigliarità, per amicizia, senza che altro intervenga fra noi.. Questo per mia parte è un atto di semplice tolleranza, che non fonda nè diritto nè obbligo, e che posso quando voglio far cessare senza che il mio vicino possa far pretensione alla esistenza fra i nostri fondi di una servitù. Ma se al contrario quel mio vicino esiga di passare pel mio terreno per diritto, ed io lo lasci passare per obbligo, questo mio atto assume il carattere di servitù.

Quando dunque nell' uno e nell' altro caso sia incerto se il possesso, l' uso del mio vicino sia a titolo di servitù, ovvero dipenda da atti di mera facoltà o di semplice tolleranza per parte mia, quel possesso, quell' uso sarà equivoco e non sarebbe atto a far acquistare quelle servitù prediali per prescrizione.

7.° Finalmente il possesso ossia l' uso dev' essere a titolo di proprietà.

Vi dev' essere cioè un proprietario di un fondo che eserciti a vantaggio di esso la servitù prediale su un fondo altrui, come diritto.

Quel proprietario, come ho detto, può per l' art. 2228 esercitarla o da lui stesso o col mezzo di altri che in nome di lui la eserciti.

Per l' art. 2230 si presume che ognuno possegga per sè stesso ed a titolo di proprietà fino a che non sia provato che abbia cominciato a possedere in nome altrui.

E per l' art. 2231 quando non abbia cominciato a possedere in nome altrui, si presume sempre fino a prova contraria che possegga collo stesso titolo.

Digitized by Google

Atti paramente facoltativi, atti di semplice tolleranza non sono, per l' art. 2232, atti di possesso di uso a titolo di proprietà che possano servire di fondamento ad acquistare per prescrizione servitù prediali che sieno prescrivibili.

Infatti, come ho detto al n. 7 della presente annotazione, se tutto si riduce al fare io atto di mera facoltà o di semplice tolleranza, non assumo alcun obbligo nè concedo altrui alcun diritto. Quei miei atti, se anco continuati per 30 anni, non si cangiano mai a vantaggio altrui in atti inducenti proprietà, in atti a titolo di proprietà. Chi ne approfitta non può farne sorgere a proprio vantaggio diritti; quindi nemmeno una servitù, ch'è un diritto.

Finalmente per l' art. 2233 nemmeno un atto di violenza è atto di possesso di uso a titolo di proprietà che possa essere fondamento all' acquisizione delle suddette servitù prediali per prescrizione.

Da una violenza non può mai sorgere nè proprietà nè altro diritto. Dunque nemmeno a vantaggio altrui una servitù prediale, ch' è un diritto.

Conchiudendo: Un possesso, un uso che abbia tutte le qualità che ho cercato fin qui di spiegare fa le veci di titolo per l' acquisizione di una servitù prediale che acquistar si possa per prescrizione.

Che ciò sia vero risulta dall' art. 690 del Codice Napoleone, pel quale le servitù prediali continue ed apparenti si acquistano in due modi, cioè o mediante titoli (convenzioni, atti di ultima volontà, sentenze di giudice) o senza titoli mediante il possesso di 30 anni, vale a dire per prescrizione.

Che ciò sia vero risulta anche dall' art. 2202 pel quale ogni azione reale e personale, quindi anche una servitù si prescrive in 30 anni senza che chi allega tal prescrizione sia tenuto ad esibire un titolo.

Per l' art. 690 il possesso trentennario fa le veci di titolo onde acquistare per prescrizione le servitù prediali continue ed apparenti. E se fa quelle veci è chiaro che chi può far valere quel possesso non può essere, come stabilisce l'art. 2202, obbligato a produrre altro titolo, perchè un titolo sopra l' altro non può essere richiesto.

Ma non basta. Chi ha quel possesso è ritenuto anche possessore di buona fede. Tanto è vero che invocando egli la prescrizione, non gli può pel suddetto articolo essere mai opposta la eccezione della mala fede.

La legge stabilisce che il possesso, l' uso di 30 anni, che abbia tutte le qualità che ho enumerate, sia fondamento all' acquisizione delle suddette servitù prediali per prescrizione. Se non ha quelle qualità non la fonda. Dunque se anche ad un possessore per 30 anni non può essere opposta la eccezione della mala fede, può però essergli opposta ogni eccezione che provi mancare al suo possesso, al suo uso le suddette qualità, ed esistere invece le qualità opposte, cioè i vizii di quel possesso, di quell' uso, che provi insomma non poter aver luogo prescrizione come mezzo di acquisizione della vantata servitù.

Vengo ora ad esporre in modo possibilmente breve le disposizioni del Codice civile austriaco sull' acquisizione nel Regno lombardo veneto delle servitù prediali per prescrizione (usucapione).

Ripeto il già detto nelle annotazioni *a*, *b* del Capo XIX, che cioè anche le servitù prediali acquistate per usucapione derivano dal fatto degli uomini.

Ho detto poi in quell' annotazione *a*, essere massima fondamentale del suddetto Codice, che in generale non vi abbia diritto reale, nè per conseguenza nemmeno diritto reale di servitù senza titolo e senza modo legale di acquisizione.

Però ho soggiunto che il modo è talvolta congiunto col titolo, sicchè allora ed in particolare, il titolo è al tempo stesso modo, e viceversa.

Ed ho portato ad esempio di siffatta unione del titolo col modo la usucapione appunto delle servitù, la quale pei §§ 480 1452 è titolo e modo onde acquistarle.

Digitized by Google

Si acquistano pel § 1453 del Codice austriaco per usucapione tutte le servitù prediali ch' esso contempla sieno poi per natura delle cose continue o discontinue, apparenti o non apparenti.

Per quel § si acquistano da chiunque sia capace di acquistare. Cioè da ogni persona fisica e morale capace di acquistare. Cioè da qualunque possessore di un immobile a cui vantaggio vadano.

Si acquistano poi pel § 1454 contro ogni persona fisica e morale che possegga un immobile a carico del quale vadano a cadere.

E contro queste persone si acquistano ora senza ed ora con limitazione.

Senza limitazione, contro tutti i privati capaci di esercitare da sè i proprii diritti.

Con limitazione, contro le persone fisiche dei pupilli, degl' individui soggetti a cura, degli assenti, e contro le persone morali dello Stato, delle chiese, delle comunità e delle altre lecite corporazioni.

Ad acquistare le servitù prediali per usucapione vi vuole pel § 1460 possesso (fisico o naturale) avente le qualità stabilite dalla legge e continuate per tutto il tempo da essa richiesto.

In quanto al tempo di quel possesso, esso è ordinario o straordinario.

Nel nostro Regno, nel quale non esistono i libri pubblici ai quali si riferisce il Codice civile austriaco, il tempo ordinario per la usucapione delle servitù prediali, secondo il § 1470, è quello di 30 anni.

Lo straordinario, pel § 1472, è quello di 40 anni.

Quest' ultimo è richiesto contro lo Stato, le chiese, le comunità e le altre lecite corporazioni.

Per usucapire le servitù prediali di rado esercibili, delle quali fa cenno il § 1471 e delle quali ho parlato nelle annotazioni *b*, *c* del Capo XIX, oltre al decorso di 30 o 40 anni, dev' essersi presentata tre volte e dev' essere stata usata ogni volta in quei periodi la occasione di esercitarle.

Sul senso da attribuirsi ad alcune espressioni del § 1475 che parla della usucapione e prescrizione ordinaria nel caso di assenza volontaria e non proveniente da colpa del proprietario di una cosa dalla provincia (territorio di una Luogotenenza) nella quale la cosa stessa è situata, i commentatori di quel § non vanno d' accordo.

Esso § presuppone appunto che taluno sia assente per assenza volontaria e senza colpa dalla provincia nella quale la cosa sua è situata.

Ciò presupposto, nel testo tedesco solo autentico, dispone in primo luogo che quella assenza sia di ostacolo alla ordinaria usucapione e prescrizione in tanto in quanto il tempo dell' assenza stessa si computa solo per metà, cioè un anno si calcola per sei mesi.

Dispone in secondo luogo che non debbasi aver riguardo a quei brevi periodi della suddetta assenza che non abbiano durato senza interruzione un anno intiero.

Aggiunge in terzo luogo che in generale il tempo tutto insieme non possa giammai oltrepassare i trent' anni.

Sul senso di questa ultima disposizione i commentatori non vanno, come ho detto, fra loro d' accordo.

Essa dice, senz'aggiungere altro, che il tempo tutto insieme non può estendersi a più di 30 anni. Qual tempo? Quello dell' assenza solo o no? Quello ridotto alla metà o non ridotto?

Lo Zeiller seguito dallo Scheidlein ritiene che quando taluno abbia in buona fede posseduto una cosa 30 anni, non si ha riguardo alla circostanza che in tutto quel tempo il proprietario di essa sia stato sempre assente. Opina che l' assenza faccia eccezione soltanto nel tempo più breve di prescrizione. Par dunque che ritenga non doversi il tempo dell' assenza che abbia durato 30 anni computare per metà a favore del proprietario e non doversi, così computato, nemmeno raddoppiare contro il possessore che si appoggii alla usucapione. Sicchè, secondo, lui nel Regno lombardo veneto nel caso della ordinaria usucapione delle servitù prediali, ch'è la trentennaria, l'assente non avrebbe privilegio.

Il Nippel, ritenendo vera la opinione dello Zeiller, conchiude poi, che le suddette espressioni del § 1475 debbano interpretarsi nel senso che il tempo dell' assenza e della presenza insieme non possa costituire più di 30 anni.

Il Pachmann, nel suo Trattato della prescrizione, ritiene che il periodo dell'assenza nel tempo ordinario di usucapione venga calcolato per metà quando da sè solo, o unito

Digitized by Google

alla presenza, allorchè il proprietario sia stato in parte presente ed in parte assente, non arrivi al numero di 30 anni.

Il Winiwarter finalmente è di opinione che quando il tempo dell'assenza importi nel suo totale 30 anni, i quali insieme vengono computati per 15, è lo stesso se quegli contro il quale vien fatta valere la usucapione o prescrizione sia stato presente od assente (Commenti al Codice civile § 1475).

Ossia è di opinione che le suddette espressioni del § 1475 significhino che il tempo dell'assenza si computa per metà soltanto finchè la intiera durata di esso presa insieme forma 30 anni, e che d'allora in poi pel tempo restante non si ha riguardo all'assenza (Trattato della prescrizione).

Spiega poi questo suo concetto dicendo che ove taluno fosse stato assente per 30 anni, questi 30 anni sono da computarsi per 15 e che trattandosi di prescrizione trentennaria, occorrendone altri 15, sarebbe indifferente se per questi ultimi 15 anni egli fosse stato presente od assente, sicchè il tempo più lungo necessario ad usucapire o prescrivere sarebbe, in causa dell'assenza, di 45 anni.

In questo modo presso di noi nella usucapione ordinaria delle servitù prediali, ch'è quella di 30 anni, l'assente avrebbe un privilegio che potrebbe portarla fino ai 45 e che così la ridurrebbe straordinaria.

Confesso che questa ultima opinione, trovata più razionale del Basevi, è per me più intelligibile delle altre. Quindi inclino ad adottarla.

Eccone i motivi.

Divido il testo del § 1475 in tre periodi.

Il primo periodo dice che il tempo dell'assenza si calcola solo per metà.

Il secondo dice che non si ha riguardo a tempi di assenza che non abbiano durato senza interruzione un anno intiero.

Il terzo dice che il tempo tutto insieme non può estendersi a più di 30 anni.

Nel primo e secondo periodo la legge parla indubbiamente del solo tempo dell'assenza.

Nel terzo parla di tempo senza dire se di assenza o di presenza.

Il terzo periodo è legato al primo e specialmente al secondo.

Dunque per l'ordine progressivo e per l'andamento logico delle idee il terzo periodo continua a parlare di ciò di cui parlarono il primo ed il secondo.

Ma il primo ed il secondo parlarono del solo tempo dell'assenza, non di quello della presenza.

Dunque del solo tempo dell'assenza e non di quello della presenza dee parlare e parla anche il terzo.

Il tempo dell'assenza nella usucapione ordinaria si computa dunque a favor dell'assente e contro l'usucapiente per metà.

Ma si computa per metà fino a che non abbia oltrepassato i 30 anni.

Dunque se ha durato 30 anni si computa per metà, cioè per 15.

Ma nella usucapione ordinaria di 30 anni se si computa per 15 mancano a compierla altri 15 anni.

Questi ultimi 15 anni devono essere aggiunti.

Aggiunti questi ultimi 15 anni ai primi 15 si ha nel computo un tempo di 30 anni, ch'è il tempo della usucapione ordinaria.

Infatti aggiunti ai 30 anni di assenza, ridotti a 15, altri 15 anni si ha la somma di 30.

Ma in fatto ed in realtà aggiunti ai 30 anni di assenza effettiva non ridotti alla metà, altri 15 anni, si ha un tempo di 45 anni, ch'è tempo straordinario di usucapione.

Quindi nel Regno lombardo veneto e nella usucapione ordinaria delle servitù prediali l'assente può avere un privilegio che la porti dai 30 anni per essa stabiliti ai 45, e che per tal modo la cangi da ordinaria in straordinaria.

In conseguenza di tutto ciò il senso d'attribuirsi al § 1475 sarebbe, a mio avviso, il seguente.

Nella usucapione e prescrizione ordinaria il tempo dell'assenza, del quale quel § parla, si computa per una sola metà, cioè un anno per 6 mesi, quando da un lato oltrepassi un anno intiero, e quando dall'altro non oltrepassi i 30 anni.

Mi par chiaro che in questa ipotesi il tempo che non dee oltrepassare i 30 anni sia quello effettivo dell'assenza, tempo effettivo poi che per legge in quella usucapione e prescrizione è calcolabile va calcolato soltanto per metà.

Digitized by Google

La traduzione italiana dice che il tempo che non può estendersi a più di 30 anni è quello calcolato nel modo anzidetto, cioè per metà.

Se essa colla parola *calcolato* vuol indicare il tempo effettivo dell' assenza calcolabile per legge per metà, allora si uniformerebbe alla spiegazione del Winiwarter, che mi sembra la vera.

Se invece colla parola *calcolato* vuol indicare il tempo dell' assenza non calcolabile ma già calcolato per metà, allora non si uniformerebbe a quella spiegazione.

Lo Zeiller, come ho detto, ha opinione diversa da quella del Winiwarter sul senso da attribuirsi al controverso testo del § 1475.

La opinione del primo, se anche non posso adottarla, mi è pur sempre rispettabile.

Dev' esserlo per tutti essendo egli stato relatore sul progetto del Codice civile presso la Commissione aulica di legislazione.

Quella sua opinione però egli commentando il § 1475 l' ha più esposta che motivata.

Quali dunque ne sono i motivi?

I lavori relativi agli esami del progetto dell' attuale Codice civile non furono, per quel che io mi sappia, pubblicati. Da essi non ponno dunque desumersi quei motivi.

Io non posso che tentare d' indovinarli.

Sarebbe stato per avventura lo Zeiller condotto alla opinion sua, per aver considerato esorbitante che a favore di un assente privato, il tempo della usucapione possa giungere fino ai 45 anni, mentre a favore delle persone morali, delle quali parla il § 1470 e che sono privilegiate per motivi di pubblico interesse, non si estende oltre ai 40 anni?

Ovvero avrebbe forse considerato esorbitante che un assente, il quale può a preservazione de' suoi interessi nominare e far conoscere al proprio giudice un procuratore ed al quale poi occorrendo deve, pel § 276 del Codice civile, essere destinato un curatore, debba godere di quel privilegio malgrado la sua negligenza nello stabilire e nel render noto quel procuratore e malgrado la giudiziale deputazione di quel curatore?

Ma basti su ciò.

Il tempo della usucapione delle servitù prediali comincia, in generale e salve le eccezioni dei §§ 1494-1496, a decorrere dal giorno in cui comincia il possesso di esse.

Per compierlo, il possessore di buona fede pei §§ 1463, 1493 unisce al tempo del proprio possesso quello del suo antecessore.

Sulla continuità di quel tempo dirò in appresso.

Il suddetto possesso perchè faccia acquistare per usucapione le servitù prediali deve anche avere, come ho detto, le qualità stabilite dalla legge.

Essendo quelle servitù un diritto, il possesso di esse sta in generale pel § 309 nel farne uso in proprio nome.

In particolare quell' uso per le servitù prediali affermative sta pei §§ 313, 475, 477 nel tollerare il possessore di un fondo, che su esso, con pretensione ad una servitù, il possessore di altro fondo faccia qualche cosa.

Per le negative sta, pei §§ 313, 476, nell'astenersi il possessore di un fondo dal fare su esso qualche cosa proibitagli con pretensione ad una servitù dal possessore di altro fondo.

Se il possesso consistente nell' uso dev' essere in proprio nome, chi possiede ossia usa in nome altrui non può pel § 1462 usucapire una servitù prediale.

Se dev' essere esercitato con pretensione a servitù, un atto di pura facoltà o di semplice tolleranza non può essere fondamento di quella usucapione.

Quel possesso che consiste nell' uso perchè possa far acquistare le servitù prediali:

1.° non abbisogna di titolo;

2.° ha a suo favore la presunzione legale della buona fede;

3.° dev' essere non vizioso;

4.° oltre all' essere di 30 o 40 anni dev' essere continuato nel modo stabilito dalla

Digitized by Google

In fatti, limitandomi io qui alle servitù prediali, ripeto che ad acquistarle nel nostro regno per usucapione non è necessario titolo.

Tanto è vero, che pel § 1477 del Codice austriaco chi appoggia la usucapione al decorso di 30 o 40 anni non è obbligato a produrre il giusto titolo.

Ad acquistarle per usucapione altro non vi vuole, pei §§ 1452, 1456, 1470, 1472 di quel Codice, che il possesso.

Ossia pel § 309 altro non vi vuole che l' uso in proprio nome di esse.

Ora quel possesso consistente in quell' uso è un fatto.

È vero che da quel fatto ponno sorgere diritti, ma ciò nol fa essere cosa diversa da un fatto.

Se altro non è che un fatto, non è veramente titolo ma soltanto modo di acquisizione.

E che sia vero,

Il titolo è soltanto la base, il fondamento che rende possibile l'acquisizione del diritto.

Il modo è il fatto che rende effettiva quella possibile acquisizione.

Ma se il possesso, l' uso, come ho osservato, altro non è che un fatto, ne viene che esso non è titolo, ma soltanto modo dell' acquisizione.

E se il possesso, l' uso non è titolo ma soltanto modo dell' acquisizione, ne viene egualmente che non richiedendosi nel nostro regno ad acquistare le servitù prediali altro che quel possesso ossia quell' uso, veramente vi vuol modo e non titolo.

Sicchè in sostanza il modo è tutto ed il titolo nulla.

Sicchè in realtà titolo non è necessario.

E' dunque vero quello che ho detto altrove, che nel nostro regno ad usucapire le servitù prediali vi vuole possesso, uso, e non titolo.

E' vero che il solo possesso, che il solo uso basta e che titolo non è necessario.

Il § 1477 nulla contiene poi che si opponga a questa opinione.

Sia pure che prescrivendo esso, che chi appoggia la usucapione al decorso di 30 o di 40 anni non sia obbligato a produrre il giusto titolo, presupponga che nella usucapione quel titolo debba esistere, giacchè se non esistesse non potrebbe parlare di dispensa dall' obbligo di produrlo.

Ma da ciò non ne viene ancora, che in quella usucapione delle servitù prediali sia necessario titolo e che il possesso sia quel titolo.

Se il possesso in questo caso fosse titolo ne verrebbe che chi appoggia la usucapione al decorso di 30 o 40 anni non sarebbe obbligato a produrre la prova del possesso stesso, appunto perchè pel § 1477 non è obbligato a produrre il titolo. Ma perchè venga ammessa una usucapione, la prova del possesso dev' esser fatta, perchè la usucapione sta nel possesso e perchè senza esso non è possibile. Ma se vi dev' essere la prova di quel possesso, se non può esservi liberazione dall'obbligo di produrla, ciò vuol dire che il possesso nella usucapione non è titolo.

Quando dunque il § 1477 parla del titolo, parlar non può del possesso come titolo. E se non parla del possesso come titolo non prova nemmeno che sia titolo, non prova che ad usucapire le servitù prediali titolo sia necessario.

Quel § però non è ozioso.

Libera nel caso da esso contemplato dall' obbligo di produrre il giusto titolo.

Ma qual titolo?

Il contratto, la disposizione di ultima volontà, la sentenza del giudice che pel § 480 sono titoli.

Il legato, la donazione, la compra-vendita che secondo il § 1461 sono egualmente titoli.

Non già il possesso considerato qual titolo, perchè ad usucapire la prova del posses-

Digitized by Google

Quel § infatti dispone che provata contro chi appoggia la usucapione al decorso di 30 o 40 anni la mala fede del suo possesso, la usucapione stessa non ha luogo neppure col decorso di quel tempo.

La mala fede del possesso dev' essere dunque provata da chi vuole escludere l'acquisto delle servitù prediali mediante quella usucapione.

Ma se così dev'essere provata la mala fede, ciò per la ragion dei contrarii vuol dire che chi appoggia la usucapione al decorso di 30 o 40 anni non è tenuto a provare la buona fede del suo possesso. E se non è tenuto a provarla, ciò vuol dire ch' essa in lui legalmente si presume. Se non si presumesse dovrebb' essere provata perchè pel § 161 del giudiziario regolamento la sola presunzione legale, cioè fondata su una legge, esime dall' obbligo della prova.

3.° Il possesso ossia l' uso per la usucapione delle servitù prediali dev' essere inoltre non vizioso.

Fa d' uopo distinguere il possesso, l'uso illegittimo dal vizioso.

È illegittimo pel § 316 quando non è appoggiato a titolo valido ossia a fondamento atto in diritto a farlo acquistare. Quando il possesso, l'uso è appoggiato a quel titolo valido, è legittimo.

Se, come ho osservato, per acquistare le servitù prediali nel nostro regno per usucapione non è richiesto titolo, non è richiesto nemmeno titolo valido ossia possesso, uso legittimo.

Infatti pel § 1470 del Codice austriaco, a ciò è richiesto bensì possesso, uso di buona fede, che poi pel § 1477 è presunto legalmente tale fino a prova contraria, ma non già possesso, uso legittimo.

Anzi pel § 1493, nella usucapione di 30 o 40 anni, il tempo di possesso dell' antecessore è computato in quello del successore anche senza legittimo titolo.

Ciò tutto vuol dire che titolo legittimo, possesso, uso legittimo nella usucapione delle servitù prediali non è richiesto.

Bensì è richiesto possesso, uso non vizioso.

E' vizioso pel § 345, quando alcuno s' intruda in esso, quando vi s' introduca clandestinamente con dolo o precariamente, quando tenti di cangiare in diritto permanente ciò che gli è stato conceduto soltanto per favore e senza obbligo di continuarglielo.

E pel § 1464 quel possesso ossia uso vizioso ch' è di ostacolo alla usucapione ha luogo quando alcuno s' impadronisca della cosa con violenza o con dolo, quando s' introduca clandestinamente nel possesso stesso, quando in fine possegga la cosa soltanto precariamente.

Ostacoli dunque alla usucapione delle servitù prediali pei vizii del possesso sono la violenza, il dolo, la clandestinità, la precarietà.

In quanto alla violenza mi riferisco a ciò che ho detto parlando sul Codice Napoleone al n. 7 della presente annotazione.

Essa non fa acquistare diritti. Quindi nemmeno servitù prediali per usucapione.

Lo stesso dee dirsi anche pel dolo.

In quanto alla clandestinità può applicarsi quello che secondo il Codice Napoleone ho osservato al n. 5 della presente annotazione.

In quanto alla precarietà distinguo la concessione che avendo il carattere ordinario di una servitù è pel § 479 però precaria, dal possesso precario del quale parla il § 1464.

La servitù precaria è servitù ma revocabile. Fonda un diritto ma appunto revocabile. Ripeto quello che su tale proposito ho detto verso il fine dell' annotazione *d* del Capo XVI.

Il possesso precario invece è quello che, come ho detto parlando sul Codice Napoleone al n. 6 della presente annotazione, è accordato dietro preghiera per semplice favore, per benevolenza ecc., che sta in una semplice tolleranza e che come tale può esser fatto

Digitized by Google

Ove non può cominciare non può continuare.

Non è possessore quegli che secondo il § 1462 del Codice austriaco detiene la cosa non in proprio ma in altrui nome.

Non può quindi usucapire le servitù prediali perchè non ne usa in proprio nome.

Per caso il possesso, l'uso non ha cominciato. Quindi fino a che usa in nome altrui non può parlarsi della continuazione di quel possesso, di quell'uso.

Pel § 1494 contro le persone che per difetto di mente non sono capaci di difendere da se i proprii diritti, come i pupilli, i mentecatti, gl'imbecilli, il tempo della usucapione non comincia fino a che non è ad esse costituito un legittimo difensore.

Se così non comincia, non può essere continuato.

Non comincia e non può essere continuato, secondo il § 1495, nemmeno fra i coniugi durante il vincolo matrimoniale, fra i figli ed i loro genitori durante la patria podestà, fra i minori ed i loro tutori durante la tutela.

Non comincia finalmente pel § 1496 e non può essere continuato fino a che uno sia assente in causa di servizii civili o militari o fino a che sia totalmente sospesa p. e. in tempo di peste o di guerra l'amministrazione della giustizia.

In tutti questi casi il decorso del tempo per la usucapione è veramente impedito.

Il tempo di essa per essere continuato dev' essere anche non interrotto.

S' interrompe naturalmente e civilmente.

Naturalmente quando uno abbandoni il possesso, l'uso di una servitù prediale che pretendeva di acquistare per usucapione: quando lo perda per esserne stato privato o quando sia stato in esso turbato senza che nel tempo e modo legale abbia cercato di ricuperarlo o di far cessare il turbamento.

Civilmente secondo il § 1497 quando l'usucapiente abbia espressamente o tacitamente riconosciuto il diritto di chi si oppone o nega l'esercizio della servitù, o quando sia stato da questo citato con petizione in giudizio a desistere da quell'esercizio, quando l'azione sia stata regolarmente proseguita e quell'azione sia stata dichiarata sussistente da sentenza passata in giudicato.

A mio parere nei casi che ho poc'anzi accennato di abbandono, di perdita o di turbamento del possesso, potrebbe per avventura dirsi che l'usucapiente non riprendendolo, o trascurando di ricuperarlo, o di far cessare la turbazione, non abbia più volontà, animo, di riprenderlo, ricuperarlo, conservarlo. Potrebbe dirsi che lo abbia abbandonato, se non per espresso, per tacito riconoscimento del diritto di colui sul fondo del quale lo esercitava con pretensione ad una servitù. Potrebbe dirsi per conseguenza trattarsi di interruzione della usucapione per riconoscimento del diritto altrui secondo il § 1497.

Forse per siffatto motivo il suddetto § 1497 non distingue espressamente fra interruzione naturale e civile della usucapione come fa l'articolo 2242 del Codice Napoleone.

La usucapione non è interrotta:

quando non vi abbia petizione in giudizio per parte di quegli che vuole opporsi all'acquisizione della servitù appunto per usucapione;

quando non vi abbia un atto per legge, equivalente alla petizione come p. e. secondo il § 7 del regolamento di procedura pei Comuni portato dalla sovrana Risoluzione dell'11 gennaio 1823 la citazione di un Comune dinnanzi alla R. Delegazione provinciale secondo il precedente § 6;

quando la incamminata azione giudiziale non sia stata regolarmente proseguita, vale a dire quando sia stata abbandonata per tutto il tempo bastante ad indurre nuova usucapione;

quando la petizione in giudizio sia stata respinta con sentenza passata in giudicato;

quando quella petizione sia stata definitivamente restituita dal giudice per motivo di incompetenza, perchè essendo stato così riconosciuto o giudicato essere stata ad esso male prodotta, mi pare che sia lo stesso che non sia stata prodotta;

quando chi si oppone alla usucapione abbia espressamente o tacitamente riconosciuto il diritto dell'usucapiente.

Ove vi fosse per parte di più di un individuo su un fondo altrui, uso in comune con pretensione ad una servitù, ed ove uno degli utenti riconoscesse il diritto del proprietario del fondo a non tollerare quell'uso, parmi che il riconoscimento di quel solo utente non valga ad interrompere contro gli altri la usucapione.

Digitized by Google

Parmi che in questo caso debbano essere applicati i principii dei §§ 828, 829 del Codice austriaco pei quali un solo consorte non può ledere i diritti degli altri.

Un riconoscimento, una confessione per parte di esso, non potrebbe recar pregiudizio a quegli altrui diritti.

Sembra poi che una petizione in giudizio (la quale, secondo il § 1497, fosse atta ad interrompere la usucapione) allorchè fosse prodotta contro un solo fra più utenti in comune del fondo dell' attore, con pretensione ad una servitù, interrompere dovesse la usucapione anche contro gli altri utenti.

Se si tratta con quella petizione di far cessare un uso comune a varii e tendente a far pretensione ad una servitù indivisibile per natura, come p. e. al diritto d' immettere una trave nel muro altrui, parmi che la cosa incontrar non debba difficoltà.

Infatti pel § 890 del Codice austriaco quando si tratta di cosa indivisibile la petizione può essere diretta contro qualunque sia debitore della cosa.

Può esserlo perchè qui non vengono in considerazione le persone ma soltanto la cosa, per essere appunto indivisibile, per trattarsi di un solo ed identico diritto non divisibile in parti.

La petizione contro un solo utente diretta contro una pretensione a servitù dee dunque, pel § 890, quando sia giusta e fondata, far cessare una servitù per natura indivisibile, una sola ed identica servitù non divisibile in parti, anche in confronto a tutti gli altri utenti.

Dee dunque valere anche ad interrompere contro tutti la usucapione che fa acquistare quella servitù.

Parmi poi che possa dirsi lo stesso anche se si tratti di uso comune a varii e tendente a far acquistare una servitù per natura divisibile in parti, se si tratti p. e. della estrazione dalla cisterna altrui di una data quantità giornaliera di acqua eseguita in comune da varii proprietarii che si sieno fra essi divisa una casa, esempio questo del quale ho fatto cenno nelle annotazioni al Capo X.

Ove infatti varii utenti esercitassero quel diritto per natura divisibile, bensì ognuno per una parte, ma nello scopo non già di acquistare per usucapione ognuno per quella parte una servitù separata sì in vece di acquistare alla intiera cosa una sola ed identica servitù, sembrami che in faccia al proprietario del fondo sul quale acquistar la volessero non vi sarebbe altro che una sola ed identica servitù, la quale, come ho detto nelle suddette annotazioni, sarebbe, in quanto al diritto ed all' obbligo da essa derivanti, indivisibile. Resterebbe, in quanto a quel diritto ed a quell'obbligo, per lui indivisibile, quando anche i varii utenti, esercitandola ognuno per una parte, se l' avessero tra essi divisa. E restando così indivisibile, parmi che pel § 890 la petizione diretta contro un solo di essi, avrebbe, come ho detto di sopra, se giusta e fondata, potere di farla contro tutti cessare. E se varrebbe a farla contro tutti cessare, parmi che dovrebbe bastare anche ad interrompere contro tutti la usucapione.

Molto più dovrebbe interromperla quando la servitù, se anche divisibile per natura in parti, non fosse stata in fatto divisa ma venisse da essi esercitata in comune.

Finalmente il tempo della usucapione per essere continuato, non dev' essere sebbene incominciato nemmeno sospeso nella sua continuazione.

E' sospeso nei casi portati dai §§ 1494, 1495 1496 del Codice austriaco.

Pel § 1494 ove io avessi cominciato la usucapione di una servitù prediale contro il padre di un minore, ed ove l' avessi continuata contro quel figlio minore succeduto nell' immobile al padre defunto ed assistito da un tutore, essa decorrerebbe bensì a mio favore, ma non potrebbe compiersi se non due anni dopo tolto l' impedimento della minore età, cioè rimarrebbe per due anni sospesa.

Pel § 1495 ove avessi cominciato e continuato quella usucapione su un immobile di una donna prima che divenisse mia moglie, divenuta essa mia moglie, la usucapione ri-

Digitized by Google

Da ultimo pel § 1496 se avessi cominciato e continuato quella usucapione contro un presente, rimarrebbe sospesa pel tempo durante il quale il presente fosse assente in causa di servigii civili o militari.

Così se l'avessi cominciata e continuata prima di una peste o di una guerra; quando per una di quelle due calamità rimanesse totalmente sospesa l'amministrazione della giustizia, anche la usucapione rimarrebbe sospesa fino a che durasse quell' impedimento.

In tutti questi casi di sospensione del tempo della usucapione esso non sarebbe continuato.

In quanto agli effetti nel caso di usucapione validamente o non validamente interrotta o sospesa, mi riferisco a ciò che ho detto parlando sul Codice Napoleone al n. 3 della presente annotazione.

(*b*) Termino le mie annotazioni sulla prescrizione che fa acquistare le servitù prediali con qualche osservazione su varii principii esposti dall' autore, confrontandoli colle disposizioni del Codice Napoleone ed austriaco.

1.° Quello ch' ei chiama quasi possesso è chiamato possesso dall' art. 2228 del Codice Napoleone e dal § 312 del Codice austriaco.

Infatti per quei Codici havvi possesso anche pei diritti incorporali. Quel possesso sta poi nel farne uso in nostro nome.

2.° Anche nelle cose incorporali, come sono i diritti, la prescrizione decorre contro chi possede la cosa, cioè contro chi la detiene coll' animo di averla come propria.

3.° In quanto al titolo per usucapire mi riferisco a ciò che ho detto all' annotazione *a* del presente capo, intorno al possesso.

Se poi ad usucapire vi vuole come ivi ho detto possesso, non può veramente parlarsi di titolo distinguendolo in solenne e non solenne.

4.° Intorno alla scienza e pazienza di colui contro il quale si usucapisce ed alla proibizione per parte dell' usucapiente, veggano i miei lettori quello che ho detto al n. 6 della precedente annotazione *a* parlando sul Codice Napoleone, ed al n. 3 parlando secondo il Codice austriaco del possesso precario.

Qui aggiungo soltanto che la scienza, la pazienza, la proibizione deggiono esistere nello scopo di concedere e di acquistare un diritto.

5.° Sulla interruzione della prescrizione veggano ciò che ho detto al n. 3 della suddetta annotazione secondo il Codice Napoleone ed al n. 4 secondo l' austriaco.

Aggiungo soltanto che per ambedue questi Codici tutta la materia della prescrizione sì acquisitiva che estintiva è regolata non dal canonico ma dal civile diritto.

6.° L' art. 1607 del Codice Napoleone parla anche per le cose incorporali ossia diritti di tradizione e non di quasi tradizione.

Sulla tradizione secondo il Codice austriaco mi riporto a ciò che ho detto nell' annotazione *a* del Capo XIX.

7.° L' autore al § X del presente Capo dice che le servitù prediali stanno nel soffrire che altri faccia, non nel fare noi sul nostro fondo qualche cosa.

Consistono nel tollerare, non già nel fare per ciò che ho detto nell' annotazione *b* del Capo II.

Ma ponno consistere anche nel non fare qualche cosa sul nostro fondo a vantaggio del fondo altrui.

Esempii del non fare sono tutte le servitù urbane negative enumerate dal § 476 del Codice austriaco.

In quanto alla servitù di sopportare il peso, veggasi ciò che ho detto all' annotazione *a* n. 1 del Capo VIII. L' obbligo di conservare la propria parete o colonna non è veramente servitù.

8.° Sono d'accordo coll'autore che se le servitù sono stabilite semplicemente nel fondo, cioè sul fondo senza dir altro, in generale tutto il fondo sia ad esse soggetto.

Ma s' è fissato un luogo certo nel fondo per esercitarle, non può dirsi che aggravino tutto il fondo.

9.° Sono coll' autore d' accordo, che possano stabilirsi su una parte divisa del fondo.

Ma che cosa impedisce che io acquisti da tutti i possessori del fondo serviente per contratto, o contro essi per usucapione una servitù su una parte soltanto di quel fondo fra essi indivisa?

Digitized by Google

10.° L' autore dice che se costituisco a vantaggio del mio fondo, che così è dominante, ed a carico del fondo altrui, che così è serviente, una servitù prediale, e se acquisto poscia la proprietà del fondo serviente per una parte indivisa, la servitù si estinguerà nella parte indivisa da me acquistata, e sussisterà sull' altra parte da me non acquistata.

In astratto è certo che la servitù si estinguerà per consolidazione nella parte intellettuale del fondo da me acquistato e non si estinguerà nel resto da me non acquistato.

Ma in concreto, stante la indivisione, su qual parte fisica e determinata dell' immobile si estinguerà o non si estinguerà?

11.° Dice che se la servitù su tutto il fondo non fosse costituita, ma soltanto promessa, essa si estinguerebbe acquistando io la proprietà di esso.

S' egli parla della promessa non accettata, ossia della pollicitazione, per questa sola non può dirsi costituita, esistente la servitù. Ma se non esiste, come può estinguersi?

12.° In quanto al non potersi costituire una parte di servitù perchè tutte le servitù, meno quella dell'usufrutto, sono indivisibili, mi riferisco a ciò che ho detto sulla indivisibilità di esse al Capo X.

13.° Uno dei socii, dice l' autore, non può mediante patto acquistare servitù a vantaggio del fondo comune. Può bensì acquistarla per prescrizione (usucapione).

Ripeto che potrebbe acquistarla per patto, come ho detto nell' annotazione *b* del Capo XV. Sono poi d' accordo che possa acquistarla per usucapione.

14.° Al § XI del presente Capo, dice l' autore che la servitù può essere costituita esercibile in un dato modo, o in guisa che l' uso di essa sia diviso in certi tempi, o abbia luogo in certo tempo. Anche in ciò sono con esso d' accordo.

15.° Dice al § XII potersi stabilire la servitù a vantaggio od a carico di un edifizio futuro; potersi stabilire in modo di ricercar l' acqua e condurla dopo trovata; poter essere a perpetuità costituita. Non posso non convenire con lui.

16.° Dice inoltre che non può essere stabilita da un certo tempo, come p. e. da Pasqua in poi; nè fino ad un certo tempo come fino a Pasqua e non più oltre; nè sotto condizione risolutiva, come p. e. che cessar debba al giungere di una tal nave dall' Asia.

Ma che cosa impedisce che io possa costituirla in modo che comincii in un dato tempo, o che duri fino ad un dato tempo? E su ciò ed in quanto specialmente riguarda la condizione risolutiva mi riferisco a ciò che ho detto nell' annotazione *b* del Capo XVII.

17.° Pare che dica che possa costituirsi sotto condizione sospensiva, cioè p. e. quando la tal nave giungerà dall' Asia.

Ma secondo le mie idee ove abbiavi condizione sospensiva il diritto non si acquista se non al verificarsi di essa. Prima non havvi veramente diritto.

La servitù potrà dunque essere stabilita sotto condizione sospensiva. Ma prima che la condizione si avveri, non havvi servitù costituita nel senso che abbia come diritto reale esistenza.

18.° Dice finalmente l' autore al § XIII che promessa una servitù sotto condizione sospensiva, se, prima dell' avveramento della condizione, la servitù venga consegnata, il diritto di essa è sorto mediante la pazienza.

Ma in questo caso sembrami che colla tradizione e coll' uso si sarebbe data esistenza attuale alla servitù prima dell' avverarsi della condizione sospensiva. Sembrami che in tal caso quella condizione sarebbe tolta di mezzo.

Digitized by Google

CAPUT XXI.

QUANDO SERVITUS ACQUIRATUR.

I. *Promissione an servitus acquiratur.* — II. *Dominium rei incorporalis, et quasi dominium rei incorporalis ipso jure eodem modo transeunt.*

I. *Dixi quomodo et qualiter servitus acquiratur. Sed quando acquiratur? Dic quod per promissionem tantum non acquiratur servitus, nisi realiter constituatur; quia talis sola promissio non constituit jus in re, hoc est, in servitute, sed jus ad rem* (1). Et *dixi* supra in illa quaestion. *quomodo cognoscatur, an servitutes sint reales et praediales,* et not. ex illa l. si partem in princip., *quod servitus aquaeductus non incipit, antequam fiat rivus per quem ducatur, et idem in qualibet alia servitute, ad cujus usum requiratur, quod aliquod opus fiat in re serviente, puta tigni immittendi: quia requiritur quod fiat foramen, et antequam fiat servitus, non potest dici, quod sit constituta per aliquem contractum solum, sed competit actio personalis, ut constituatur, quae actio de sui natura non tollitur, nisi spatio longissimi temporis* (2). *Sed postquam factum est opus, incepta est servitus, quae tolli potest spatio longi temporis, secundum ea quae dixi* in praecedenti q. princip.,

(1) *Ut l. si partem, in princip. ff. quemad. serv. amitt. not. in l. et in provinciali, C. de servitut.*

CAPO XXI.

QUANDO S' ACQUISTI LA SERVITÙ.

I. Se la servitù s'acquisti colla promessa. — II. Il dominio ed il quasi dominio d'una cosa incorporale trapassano giuridicamente in egual modo.

I. Ho indicato come e qualmente s'acquisti la servitù; ma quando poi s' acquisterà? Rispondi che colla sola promessa non s' acquista servitù, se non sia realmente stabilita; perchè tale promessa non costituisce un diritto reale, cioè, nella servitù, ma solamente un diritto personale; come dissi più sopra nella quistione: *in qual modo si conosca se le servitù siano reali o prediali* (a). E dalla legge *si partem in princ.* ricava che la servitù dell' acquedotto non comincia prima che sia costrutto il canale pel quale l' acqua si conduca; e così pur è di qualsivoglia altra servitù pel di cui uso sia necessario che qualch' opra sia fatta nella cosa serviente, per es., di quella d' intromettere un trave; perchè in tal caso è d'uopo che sia fatto un buco e prima che sorga in fatto la servitù, non può dirsi che sia costituita in virtù di qualche contratto, ma compete a chi n' ha diritto l' azione personale affinchè si stabilisca; la quale azione per sua natura non si perime se non col lunghissimo tempo. Ma poichè il lavoro è compiuto, comincia la servitù, la quale non si può perdere se non collo spazio del lungo tempo, secondo che dissi *nell'antecedente quist. princ.* E se alcuno mi

(2) *Ut l. sicut, C. de praescript. 30. annor.*

Digitized by Google

et si quis inducit me in fundum suum animo constituendi mihi servitutem, licet statim dicatur constituta servitus (1), *hoc tamen est verum, quando non est opus aliquid fieri ad usum servitutis, puta itineris, vel viae, vel altius non tollendi, vel haustus aquae, ubi non potest opus facere. Secus quando est aliquid necesse fieri, sine quo quis uti non possit, quod perpetuo tene menti. Sed si legata est servitus realis et praedialis, dic quod dies servitutis cedit a morte testatoris, etiam legatario ignorante, licet pro se non transmittatur, sed cum praedio transeat, unde non est proprie transmissio, sed inhaerentia quaedam* (2).

II. *Quod intellige verum, quando fuit legata expresse: quia sicut transit dominium rei corporalis expresse legatum ipso jure* (3), *ita et istud quasi dominium juris incorporalis. Nam et in illo est reperire dominium improprie* (4), *sed si fuisset legata servitus tacite, secus: quia per legatum tacitum non transit jus servitutis, sicut nec etiam ipso jure dominium* (5), *et habetur per gloss et Dd.* (6). *Ita etiam tenent Bart., et Dd.* (7), *et Flor.* (8). *An autem rei legatae, vel venditae, vel divisae servitus debeatur, vide plenius per Bar.* (9) *et omnes Dd.* (10) *et per Paul. de Castr.* (11).

introduce nel suo fondo coll' animo di costituirmi la servitù, sebbene ella si dica subito fondata, nondimeno ciò è vero soltanto allorchè non sia necessario di fare alcun' opra per il suo uso, come nelle servitù di passaggio, di strada, di non erger più alto, di attigner acqua, ove nessun lavoro fa d' uopo; e non è vero allorquando è necessario far qualche cosa, senza la quale la servitù non si può usare; locchè perpetuamente ricorda. Ma se fosse legata una servitù reale e prediale, di' che il tempo della servitù comincia dalla morte del testatore, anche nell' ignoranza del legatario, bench' ella per sè non sia trasmissibile, ma passi col fondo; onde non è veramente una trasmissione, ma un certo attaccamento.

II. E questo intendi esser vero, quando essa fosse legata espressamente; perchè siccome il dominio d' una cosa corporale espressamente legato passa di diritto, così pure trapassa questo quasi dominio della cosa incorporale; conciossiachè in quello è improprio ritrovare il dominio. Ma se la servitù fosse stata legata tacitamente, avverrebbe altrimenti; avvegnachè il diritto di servitù non trapassi per tacito legato, come neppure di diritto il dominio; lo che s' ha dalla glossa e dai dottori. Così pure ritengono Bartolo e Floriano. Sul quesito poi se sia dovuta la servitù della cosa legata, o venduta, o divisa, consulta onninamente Bartolo, e tutti i Dottori, e Paolo di Castro (*b*).

(1) *Ut l. 3. § dare ff. de usufruct.*
(2) *Casus est in l. si partem § 1. quemadmod. servit. amitt.* et ibi hoc not. Dd. et Bald. *in l. unica, § in novissimo, de cad. tollend. sine § libertatibus.*
(3) *L. a Titio, ff. de fur.*
(4) *Ut not. in leg. qui usumfructum in fin. in vers. dominium, si ususfruct. pet. et per gloss. et Dd. in l. generaliter, § nihil commune, de acquirend. possessor.*
(5) *L. servum, filii, § 1. de leg. 1.*
(6) *In l. emptor. § fin. de rei vend.* et per Bart. et omnes Dd. *in l. 1. de leg. 1.*
(7) *In l. binas aedes de serv. urban. praed.*
(8) *In l. testatrix, in princip. si serv. vend.*
(9) *In l. de servitut. leg. et Bart.*
(10) *In l. binas aedes.*
(11) *In l. tradentis, § interpositis, in fin. communia praed. et vide in l. si quis aedes, in princip. de servitut. urban. praed. et per text. et gloss. in versic. restituatur, in l. 2. § fin. de haered. vel act. vend. et vide text. not. in d. l. testatrix.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XXI.

(*a*) Dopo avere l' autore esaminato nel Capo XIX in qual modo e come si costituisca e si acquisti la servitù prediale, esamina nel presente Capo quando si acquisti ossia quando comincii.

Esamina egli quando comincii di diritto ovvero di fatto?

Nell' esempio che adduce della servitù per legato, pare ch' esamini quando comincii

Digitized by Google

(b) Ad acquistare servitù prediali dipendenti da contratto, da disposizione di ultima volontà, da sentenza del giudice in modo ch' esistano di diritto e di fatto, vi vuole pel Codice austriaco, come ho detto nell'annotazione *a* del Capo XIX, titolo congiunto al modo ossia alla tradizione.

Il titolo dà il diritto. La tradizione aggiunge il fatto ossia il possesso.

Quando al titolo base del diritto si aggiunga la tradizione dalla quale dipende il fatto del possesso, da quel punto cominciamo di diritto e di fatto le servitù prediali.

Secondo il Codice Napoleone, come ho detto nella suddetta annotazione, il contratto ed anche la disposizione di ultima volontà e la sentenza del giudice fanno acquistare servitù prediali.

Ma non credo che quei titoli da sè soli le facciano acquistare di diritto e di fatto.

Ho ivi pur detto, che nella vendita il titolo dà la sola proprietà di diritto, non quella di fatto; che per avere questa ultima è necessaria qualche cosa di più; che quel di più non può essere altro che la tradizione, la quale alla proprietà di diritto data dal titolo, aggiunge quella di fatto mediante il possesso.

Se ciò è vero, lo stesso principio potrebbe per analogia essere applicato anche alle servitù prediali, delle quali qui parlo. A farle acquistare di diritto e di fatto dovrebbe ai suddetti titoli essere associata la tradizione. Dal punto della unione degli uni coll'altra, le servitù prediali comincierebbero e di diritto e di fatto.

Pel Codice Napoleone poi e per l' austriaco ad acquistare le servitù prediali per prescrizione (usucapione) vi vuole in ultima analisi possesso.

Qui dunque col possesso avente le qualità stabilite dalla legge si acquistano di diritto e di fatto. Col cominciamento di esso, e di diritto e di fatto cominciano.

Oltre a queste servitù prediali, il Codice Napoleone fra le servitù stabilite per fatto dell' uomo ammette anche quella per destinazione del padre di famiglia, della quale il Codice austriaco non parla.

Parmi ch' essa, secondo il primo di quei Codici, debba acquistarsi di diritto e si acquisti anche e comincii di fatto nel momento in cui, come ho detto nell' annotazione *a* del Capo XIX, quello ch'era segno apparente di servitù si tramuta in vera servitù prediale.

Le servitù prediali ammesse dalla legge italiana come derivanti dalla situazione naturale dei luoghi sono di diritto inerenti, acquistate a quella tale disposizione di luoghi. Ma si acquistano e cominciano di fatto, quando abbia principio l' esercizio, l' uso di esse.

Così nella servitù prediale ammessa dalla legge italiana e conservata nel Regno lombardo veneto, per la quale il fondo inferiore deve dar esito alle acque naturalmente scolanti dal superiore, la servitù può dirsi esistere di diritto ogni qual volta vi abbiano quei due fondi dalla posizione dei quali deriva. Esisterà poi di fatto quando l' acqua scoli dal fondo superiore all' inferiore. Comincierà di fatto, quando quell' acqua comincii a scolare.

Le servitù che secondo le leggi italiane derivano da alcune obbligazioni imposte dalla legge ad alcuni proprietarii di fondi, sono appunto per legge inerenti, acquistate di diritto su quei fondi. Ma si acquistano anche esse di fatto, cominciano di fatto, quando comincii il loro esercizio, il loro uso.

Così nella servitù prediale dell' acquidotto coattivo ammessa dalle leggi italiane e conservata nel Regno lombardo veneto, è inerente, gravita di diritto sul fondo altrui l'obbligo di soffrire a vantaggio del mio fondo la condotta delle acque per oggetti di agricoltura e d' industria. Ma tale servitù prediale è acquistata di fatto, comincia di fatto, quando io conduca pel fondo altrui quelle acque.

Così nella servitù dei marciapiedi sulle sponde dei fiumi navigabili ammessa dalle leggi italiane e che crederei nel nostro regno conservata, quando abbiavi fiume navigabile, la servitù a carico delle sponde esiste di diritto. Esiste di fatto, comincia di fatto dal punto in cui comincii ad essere esercitata.

Discende poi dai principii che qui ho esposto, che la servitù dell' acquidotto o volontario o coattivo e quelle servitù prediali che per essere esercitate richieggono che sia fatta qualche opera sul fondo serviente, non sieno acquistate di fatto, non comincino di fatto prima che quella opera sia eseguita.

Infatti nell'acquidotto, prima che sia costruito il canale pel quale l' acqua dee scorrere, essa non iscorre. E se non iscorre, la servitù non può essere esercitata; dunque di fatto prima non è acquistata e non comincia.

Digitized by Google

E la servitù d' immettere una trave nel muro altrui non comincia e non è acquistata di fatto prima che sia fatto almeno il buco che deve riceverla.

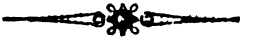
Ma pegli stessi principii anche le servitù prediali, ad esercitare le quali non richiedesi nessuna opera nella cosa serviente, come p. e. quella di non ergere più in alto, di attingere acqua ecc., non potrebbero veramente dirsi acquistate e cominciate di fatto prima che il loro esercizio abbia cominciato.

Infine la servitù prediale può essere anche lasciata in legato od espressamente o tacitamente.

Espressamente quando p. e. un testatore accordi al mio fondo una servitù prediale sul suo.

Tacitamente quando p. e. legandomi un suo fondo non escluda dal legato la servitù che a questo fondo compete.

È certo che queste servitù sono acquistate di diritto al legatario dal dì della morte del legante. Ma non sono acquistate e non cominciano di fatto se non dal dì della tradizione, dell' esercizio, dell' uso.



Digitized by Google

CAPUT XXII.

QUOMODO, ET QUALITER, ET QUANDO, ET PER QUEM SERVITUS RETINEATUR.

I. *Servitus an pro parte acquiri, vel retineri possit.* — II. *Servitutem fundo communi an unus ex sociis acquirere, vel retinere possit.* — III. *Civitas, vel Castellum, quod habet merum imperium, si occupetur a tyranno, ipse retinet suam quasi possessionem imperii, seu jurisdictionem.* — IV. *Aqua per se ipsam fluens, an praescriptionem vel consuetudinem inducere valeat.*

Nunc dicamus quomodo, et qualiter, et quando, et per quem servitus retineatur.

I. *Et quia breviter, quod servitus pro parte acquiri non potest* (1), *tamen pro parte retineri potest: unde praedium tuum, si mihi serviat, sive ego partis praedii tui dominus esse coepero, sive tu mei, pro parte servitus retineri potest* (2).

II. *Item unus, licet ex sociis, servitutem fundo communi acquirere non possit* (3), *tamen per unum potest servitus retineri* (4). *Item servitus retinetur nobis per socium, ut fructuarium et bonae fidei possessorem* (5). *Item quod per fructuarium retineatur nobis servitus, licet non*

CAPO XXII.

COME, QUALMENTE, QUANDO E DA CHI LA SERVITÙ SI CONSERVI.

I. Se la servitù possa essere acquistata o conservata in parte. — II. Se uno de'consocii possa acquistare o conservare la servitù al fondo comune. — III. Qualora una città od un castello, che possede il mero imperio, sia occupata da un tiranno, questi conserva il di lei quasi possesso dell' impero, ossia la giurisdizione. — IV. Se l' acqua corrente di per sè valga a produrre la prescrizione, o la consuetudine.

Ora esporremo in qual modo, come, quando e da chi la servitù si conservi.

I. E per trattar brevemente, dirò che sebbene la servitù non si possa acquistare in parte, nondimeno si può in parte conservare; laonde se il tuo fondo serve a me, od io comincio ad esser padrone di parte di esso, o tu di parte del mio fondo, la servitù può parzialmente conservarsi (*a*).

II. Del pari, sebbene un consocio non possa acquistare servitù al fondo comune, nondimeno può essere da lui conservata. Parimente la servitù ci può esser conservata mediante il compagno, come il fruttuario ed il possessore di buona fede. Così pure la servitù ci può venir conservata mediante il fruttuario, benchè questi non acquisti. Del

Digitized by Google

aut hospes, aut amicus, aut medicus, quive ad usitandum dominum venit: aut fructuarius, licet suo nomine: denique quicumque debita via usus fuerit, sive ad fundum nostrum facit, vel ex fundo: licet malae fidei possessor sit, retinetur servitus (1).

III. *Et quod etiam per malae fidei possessorem servitus retineatur, est etiam text.* in l. qui fundum eodem tit. *per quem dicit ibi Barthol. et Dd. quod si civitas vel castellum, quod habet merum imperium, occupetur a tyranno, qui utitur illa jurisdictione, retinet suam quasi possessionem imperii, seu jurisdictionis, quod dicit ibi Flor. esse verum, quando jurisdictio cohaeret territorio: secus, si personae in loco: quia tunc qui non utitur, licet dejectus, perdit* (2), *et quando dicatur cohaerere jurisdictio in territorio* (3), *et plene per Bart. et Dd.* (4). *Idem retineri potest, etiam si ille, qui utitur, non utitur nomine ejus, cui competit, sed sui, ut quia sit socius, vel si qui suo nomine utuntur* (5). *Item per naturalem aquae cursum naturaliter alicui retentum servitus retinetur* (6).

IV. *Sed numquid aqua per se ipsam fluens possit inducere praescriptionem vel consuetudinem? Dic quod non, quia non est res animata: et per rem inanimatam nihil nobis acquiritur: oportet ergo in praescriptione aliquem usum intercessisse, quo principiato, sufficit aquam per se fluere* (7). *In consuetudinem etiam sufficit, quod initium habuerit a multis utentibus: nam postea perficitur solo cursu temporis* (8). *Item propter pupillum vel minorem, cum quo habeo rem communem, retineo servitutem, licet ea non utar: ut est text. valde notab.* in l. fin. communem in princ. quemad. serv. amitt. *et ibi vide omnino Dd. quemad. serv. amitt. item quomodo et qualiter quasi possessio retineatur non*

operaio, od ospite, od amico, o medico, e chiunque sia che venga a visitare il padrone od il fruttuario, ancorchè in suo nome; finalmente chiunque usò della strada come di cosa a lui dovuta, sia per venire al nostro fondo, sia per escirne, anche se possessore di mala fede: in tutti questi casi la servitù si conserva.

III. E che si conservi eziandio mediante il possessore di mala fede, ne fa pruova il testo della legge *qui fundum eodem tit.* sulla quale dicono Bartolo ed i Dottori, che se una città o castello, che ha il mero imperio, sia occupata da un tiranno che usa di quella giurisdizione, essa conserva il suo quasi possesso dell' impero o giurisdizione. Lo che dice Floriano esser vero, quando la giurisdizione sia unita al territorio; e non vero, se congiunta alla persona nel luogo, perchè in questo caso, quegli che non usa, benchè oppresso, perde il diritto. Quando poi la giurisdizione si dica unita al territorio, vedi in Bartolo e nei Dottori. Parimente la servitù si può conservare, anche se quello che usa, non usi in nome di colui cui la servitù compete, ma in suo proprio nome, o perchè socio, o perchè usa in suo nome (*b*). Del pari si ritiene la servitù mediante il corso naturale dell'acqua conservato naturalmente ad alcuno.

IV. Ma l'acqua scorrente di per sè può mai produrre la prescrizione o la consuetudine? E tu rispondi che no, perchè non è cosa animata, e mediante le cose inanimate nulla acquistiamo. È necessario adunque che nella prescrizione abbia avuto luogo alcun uso, principiato il quale, basta che l'acqua scorra di per sè. Per la consuetudine basta eziandio ch' abbia avuto principio da molti utenti, perchè poscia si forma col solo decorso del tempo (*c*). Parimente io conservo la servitù mediante il pupillo o minore col quale ho comune la cosa, benchè di essa non usi: com' è testo molto notabile nella *leg. fin. communem in princ. Quemad. serv. amitt.* e su quello consulta appieno i Dottori. Così pure vedi nella glossa, nei

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO XXII.

(a) Quella servitù prediale ch'è per sua natura divisibile in parti può conservarsi anche in parti.

P. e. Il mio fondo ha la servitù attiva di tagliar legne su tutto un bosco altrui. Acquisto una parte fisicamente determinata di quel bosco. In quella parte la mia servitù prediale si estingue per consolidazione. Ma nell'altra parte da me non acquistata continua a sussistere e la conservo.

Ovvero vendo al proprietario del bosco una parte fisica e determinata di quel mio fondo. Nella parte venduta, la mia servitù prediale di tagliar legne si estingue per consolidazione. Non nella parte non venduta che continua ad averla e la conserva.

Se io poi vendessi ad un terzo una parte come sopra del suddetto mio fondo colla servitù che gli spetta di tagliar legne nel bosco altrui, ovvero se il proprietario del bosco ne vendesse ad un terzo una parte soggetta a quella mia servitù, la servitù sussisterebbe e verrebbe conservata in parte, nel primo caso a favore del terzo compratore del mio fondo, nel secondo a carico del terzo compratore del bosco.

(b) 1.° Ho detto nelle annotazioni al Capo XV che ponno acquistare servitù prediali a vantaggio di un fondo non solo quelli che possono, ma anche quelli che non possono imporne a carico di esso.

Per quelli che ponno imporne, ho detto che ponno acquistarne il possessore di buona fede, l'erede apparente, il proprietario utile ecc.

Per quelli che non ponno imporne, ho detto che ponno acquistarne il proprietario diretto, l'usufruttuario ed anche il comproprietario di un immobile indiviso ecc.

Se tutte queste persone ponno acquistarne deggiono poter anche conservarle se acquistate.

2.° Possessore di mala fede pel § 326 del Codice austriaco è quegli che sa o deve per le circostanze presumere che la cosa da lui posseduta spetta ad altri.

E per l'art. 550 del Codice Napoleone possessore di mala fede, al contrario di quello di buona fede, è colui che possiede in forza di un titolo non abile a trasferire il dominio e non ignorando i vizii di quel titolo.

Non mi pare che questo possessore possa imporre sull'immobile che sa o dee presumere non esser suo, sull'immobile che possiede per titolo non atto a trasferirgli il dominio e del qual titolo non ignora i vizii, servitù prediali.

Ma mi pare, per quello che ho detto nelle suaccennate annotazioni, che durante il suo possesso possa acquistarne a vantaggio di quell'immobile.

Se può acquistarne dee poter anche fin che lo possiede conservarle.

3.° Quando una servitù mi sia dovuta, la conservo e coll'uso che ne faccio io stesso, e con quello che ne fa altri come un usufruttuario, un conduttore, un famigliare, un amico ecc. in mio nome.

Ciò spiega specialmente l'art. 2228 del Codice Napoleone dicendo essere posseduto un diritto, quando lo godiamo noi stessi o quando un altro lo esercita in nome nostro.

4.° Non parlo dell'uso del mero impero o della giurisdizione come fa l'autore perchè non è servitù prediale per la legge civile, e perchè presso noi fuori della giurisdizione sovrana non hannovi altre giurisdizioni.

(c) Se in buona fede acquisto un fondo da chi non ne è vero proprietario e in esso scorra naturalmente un'acqua proveniente da sorgente esistente su un fondo altrui, usando io di quell'acqua ne conservo l'uso al fondo che possiedo. E se ne uso pel tempo ed in modo da indurre la prescrizione (usucapione), ne acquisto a vantaggio del suddetto fondo la servitù attiva.

Ciò non ha luogo quando io in nessun modo ne usi perchè manca il possesso.

E se questo manca non havvi fondamento nemmeno per la suddetta prescrizione.

Non trovo nei Codici Napoleone ed austriaco che si acquistino servitù prediali per quella consuetudine *quae est altera lex*.

Digitized by Google

Trovo invece nell' art. 3.° del Decreto 16 gennaio 1806 che attivò nel regno d' Italia il Codice Napoleone abolite le consuetudini. E le trovo abolite anche dal § 10 del Codice austriaco quando ad esse la legge espressamente non si riporti.

Per consuetudine dunque ora nel nostro regno servitù prediali non vengono acquistate. E se non vengono acquistate non havvi il caso di conservarle.

Se però prima dei moderni Codici qualche servitù prediale potè acquistarsi e fu acquistata per consuetudine, credo che continuerebbe a sussistere anche dopo.

Ciò credo pel principio che le leggi non hanno effetto retroattivo e non hanno influenza su atti precedenti e su diritti anteriormente acquistati.

Digitized by Google

CAPUT XXIII.

QUALITER QUIS UTI DEBEAT SERVITUTE.

I. *Via si cui simplici usu concedatur, an per quamcunque fundi partem, quo voluerit, vel per totum fundum ire possit.* — II. *Hominibus armorum, vel aliis, si per unum territorium, vel alium comitatum transitus concedatur, ipsi debent transire per partem concedenti minus damnosam.* — III. *Servitus simplex si in fundo debeatur, ad quem spectat, in qua parte servitutes habere deceat.* — IV. *Electio servitutis quando facienda est, ad quem ipsa electio spectet, an scilicet illi qui debet servitutem, vel illi cui servitus debetur.* — V. *Verba debent interpretari pro eo, in cujus favorem apponuntur.* — VI. *Servitus cui debetur, an in praedio servente aedificare licitum sit.* — VII. *Constitutione simplici servitutis eundi absque alia expressione, an licentia faciendi scalas concessa videatur.* — VIII. *Aedificandum si sit in praedio servitutem debente, cujus expensis aedificandum sit.* — IX. *Locum servientem an reficere licitum sit.* — X. *Statuti forma si licitum sit ad vindictam aliquem occidere, an etiam sit licitum amicos congregare, qui ipsum adjuvent.* — XI. *Occidere aliquem si alicui licitum sit, an sit licitum etiam alteri demandare.* — XII. *Refectio vel depressio, aut levatio servitutis, cujus expensis fieri debeat.*

Nono principaliter est videndum, qualiter quis debeat uti servitute. Et dic breviter, quod debet uti civili modo.

I. *Nam si cui simplici usu via conceditur per fundum cujuspiam, vel relinqua-*

CAPO XXIII.

IN QUAL MODO ALCUNO DEBBA USARE DELLA SERVITÙ.

I. Se, quando è concessa ad alcuno la strada a semplice uso, ei possa passare per qualunque parte del fondo a sua voglia, oppure per tutto il fondo. — II. Se ad uomini d' arme o ad altri è concesso il passaggio per un territorio o contea, essi devono passare per quella parte ch'è meno dannosa al concedente. — III. A chi spetti la servitù semplice qualora sia dovuta nel fondo, ed in qual parte sia conveniente ch' abbiano luogo le servitù. — IV. A chi spetti la scelta della servitù, qualora debba farsi: se a quello che deve la servitù, od a quegli cui è dovuta. — V. Le parole si denno interpretare in favore di quello a cui favore furono apposte. — VI. Se sia lecito fabbricare nel fondo serviente a quello cui è dovuta la servitù. — VII. Se colla semplice costituzione della servitù di passare, senz' altra espressione, sembri concessa la facoltà di far le scale. — VIII. Se s'abbia a fabbricare nel fondo serviente, a spese di chi debba eseguirsi il lavoro. — IX. Se sia permesso ristaurare il luogo serviente. — X. Se, quando in virtù di statuto è lecito ad alcuno uccidere un altro per vendetta, gli sia permesso eziandio raccorre gli amici perchè lo aiutino. — XI. Se quando è permesso ad alcuno uccidere un altro, sia lecito pure dare ad altri mandato di ciò fare. — XII. A spese di chi debba esser fatto il restauro, o l'abbassamento, o l'elevazione del luogo serviente.

In nono luogo principalmente è da considerarsi in qual modo si debba usare la servitù. E tu di' brevemente che dee usarsi in modo civile.

I. Imperocchè, se ad alcuno sia concessa a semplice uso la strada per qualche fondo,

Digitized by Google

est not. in l. si cui de serv. in l. si mihi concesseris 24 cum l. seq. de serv. rust. praed.

II. *Et haec jura allegantur, si aliquibus hominibus armorum, vel aliis concedatur transitus per unum territorium, vel alium comitatum, quod debeat intelligi, scilicet quod transire debeant per partem minus damnosam concedenti, et quod debeant civiliter se habere. Et quando se inciviliter habent, dicuntur contra conventionem venire: et debet eligi locus, per quem possint ire vel agere* (1). *Et postquam est electio facta de loco, non est licitum mutare voluntatem, et per alium locum ire* (2), *imo caeterae partes liberae remanent* (3), *et dixi quod quaestio de electione procedit, quando concessio servitutis fuit facta simpliciter: secus, si actum fuisset, quod totus fundus servire deberet.*

III. *Nam si ista concessio simplex non esset, sed generalis, vel utilis: tunc non cogeretur ille, cui concessio facta est, eligere locum: sed posset nunc per unum locum, nunc per alium transire: et sic licitum esset poenitere* (4). *Sed ille, qui concessit servitutem, bene potest variare sine alterius incommodo* (5).

IV. *Sed est dubium, quando electio est facienda, ad quem spectat electio, an illi qui debet servitutem, an illi cui servitus debetur? Et videtur, quod electio sit debitoris, sive loquamur in contractibus* (6), *sive in ultimis voluntatibus* (7). *In contrarium videtur, quod sit electio habere debentis* (8). *Gloss. solvit uno modo* in d. l. si via. *Dic tu melius, aut verba executiva sunt prolata ad unum exemplum, quando sunt prolata a dare debente. Haeres dato vel concedito servitutem Titio in fundo meo, vel Titio promitto concedere viam. Exemplum vero, quando sunt prolata ab homine debente, est. Volo quod Titius habeat sibi servitutem in fundo meo, vel, quod Titius possit vendicare servitutem, et tunc sine loquamur in ultimis vo-*

tabile nelle leggi *si cui De servitut.* e *si mihi concesseris* colle seguenti *De serv. rust. praed.*

II. E queste leggi vengono allegate nel caso che sia concesso il passaggio ad alcuni uomini d'arme, o ad altri, per un territorio o contea, in guisa che intender si debba dover essi passare per la parte meno dannosa al concedente e doversi condurre civilmente. E quando si conducano incivilmente, si dicono operare contro il convenuto, e si dee scerre il luogo pel quale possano passare o condurre. E poichè fu fatta elezione del sito, non è lecito mutar di proposito ed andare per altro luogo; anzi le altre parti restano libere; e dissi già che la quistione intorno la scelta ha luogo allorquando la concessione della servitù fu fatta semplicemente; non mai se fosse stabilito che tutto il fondo dovesse servire.

III. Conciossiachè se questa concessione non fosse semplice, ma generale od utile, allora il concessionario non sarebbe costretto a scerre il luogo, ma potrebbe invece passare, ora per un sito, ed ora per un altro; e così sarebbe lecito pentirsi. Ma quegli che concesse la servitù, ben può mutare il sito senza incomodo altrui (*a*).

IV. V'ha poi dubbio, nel caso che la scelta debba farsi, a chi essa spetti: se a quegli che deve la servitù, od a quegli cui è dovuta. E sembra che competa al debitore, sia che parliamo ne' contratti, sia che ne' testamenti. Al contrario sembra che la scelta sia di chi deve avere. La glossa scioglie la questione in un modo nella legge *si via.* Però tu di' meglio: o le parole esecutive sono proferite, per un esempio, da chi deve dare, come: Erede, dà o concedi la servitù a Tizio nel mio fondo; oppure: Prometto a Tizio di concedergli la strada. L' esempio poi in cui le parole sono pronunciate da quello che deve, è questo: Voglio che Tizio s' abbia la servitù nel mio fondo: oppure, che Tizio possa recuperare la servitù; ed allora se parliamo nelle ultime volontà, la scelta è di

Digitized by Google

dato (1), *et hoc tenet gloss. ordi.* (2), *et ita debet intelligi* d. l. si via, *scilicet quod ibi verba executiva erant prolata ad haeredem, sive loquamur in contractibus: licet hoc bene expressum non reperiatur, secundum Cyn.* (3). *Sed secundum Bar.* (4) *istud probatur* (5), *et probatur etiam per argumentum, secundum Cyn.* (6), *et hoc tenet Dyn.* (7) *et Cyn.* (8) *et Barth.* (9) *et Flor.* (10) *et habetur per Dd.* (11) *et eamdem conclusionem facit Bart. in poenis alternativis* (12).

V. *Et ratio hujus conclusionis esse potest, quia verba debent interpretari pro eo, in cujus favorem apponuntur* (13). *Sed si verba executiva ad neutrum referuntur: et tunc sit distinctio. Aut loquimur in contractibus, et electio est dare debentis* (14). *Aut in legatis seu in ultimis voluntatibus: et tunc electio est ipsius legatarii* (15), *et ita est tenendum in hac materia, quia est communis doctrina Doctorum, licet aliqui aliter dixerunt.*

VI. *Item licitum est ei, cui servitus debetur, aedificare in praedio serviente, ita, quod commode jus servitutis habere possit, ita, quod fiat sine domini incommodo. Et ideo si iter legatum est, quo nisi opere facto iri non potest, licet fodiendo, substruendo iter facere,* ut est text. in leg. iter de servit. et l. servitutes 20, § 1 de servit. urb. praedior. *Ubi est casus not.:*

VII. *Quod simplici constitutione servitutis eundi, absque alia expressione, videtur esse concessa licentia, et facultas faciendi scalas, et simil. in fundo serviente, sine quibus servitus haberi non posset, etiamsi illae scalae possent fieri in praedio dominante: quod est singulare. Eodem modo qui habet jus aquae ducendae per alium fundum, licet ei fistulam suam fictilem, vel cujuslibet generis in rivo ponere, quo aquam latius exprimeret: et*

e così debb' essere intesa la legge *si via*, cioè che le parole esecutive ivi esposte si riferiscono all'erede, se trattasi de' contratti; sebbene ciò non si trovi bene espresso, secondo Cino. Ma secondo Bartolo ciò è provato, ed è provato eziandio per induzione secondo Cino, e così pure pensa Dino, e Cino in altro luogo, e Bartolo, e Floriano ed i Dottori, e la stessa conclusione fa Bartolo nelle pene alternative.

V. E la ragione di tale conchiusione può esser questa: che le parole devonsi interpretare a favore di quello in cui pro' furono apposte. Ma se le parole di esecuzione si riferiscono ad un neutro, allora fa d' uopo distinguere. O si parla ne' contratti, e la scelta è di chi deve dare: o si parla ne' legati o ne' testamenti, ed allora la scelta è dello stesso legatario. Ciò dee ritenersi in questa materia, perchè è comune dottrina dei Dottori, benchè alcuni abbiano opinato altrimenti.

VI. Parimente a quegli, cui è dovuta la servitù, è permesso fabbricare nel fondo serviente, onde comodamente possa usare del suo diritto, purchè ciò faccia senza incomodo del proprietario. E perciò se fu legato un passaggio, pel quale non si può andare senza far qualche opera, è lecito formarlo sia col cavare, sia col fabbricare, in virtù del testo della legge *iter De servit.* e della legge *servitutes* 20 § 1. *De serv. urb. praed.*, ove è un caso notabile, cioè:

VII. Che colla semplice costituzione della servitù di andare, senza altra espressione, sembra esser concessa la licenza e facoltà di fare le scale e simili cose nel fondo serviente, senza le quali non si può avere la servitù, benchè quelle scale si possano costruire nel fondo dominante; lo che è singolare. Nello stesso modo chi ha il diritto di condur l' acqua per l' altrui fondo, può mettere nel canale un condotto di terra o di qualsivoglia materia, col quale l' acqua più abbondantemente si derivi, e

(1) *De leg.* 2.
(2) *In d. l. Lucio, de leg.* 2.
(3) *In l. cum quidam, ff. de verbor. sign.*
(9) *In dic. leg. Lucio.*
(10) *In dic. l. si via.*
(11) *In leg. qui duos et leg. legato generaliter,*

Digitized by Google

quod vult in rivo facere, licet, dummodo de dominio praedii aquam deterius non faciat (1), *et haec jura allegantur: quod habens licentiam eundi vel aquam ducendi per alium fundum, vel scalas, vel clivos faciendi in fundo serviente, potest arbores incidere, terram fodere, explanare fossata: et similia facere, ut commode servitute uti possit. Si ergo hoc facit, non potest de damno dato accusari* (2), *quia est quotidianum, et utile, et quod ego intelligo, etiam si fiat incommodum domino praedii servientis, respectu incisionis, vel explanationis, aut fossae: quia illa sine aliquo damno fieri non possunt. Sed si fieret incommodum domino praedii servientis in eundo, vel aquam ducendo, tunc praedicta fieri non possent*, per d. l. Labeo. de servit. rust. praed. et d. l. hoc jure § is qui. et l. fin. de aqua quoti. et aesti., *quae jura intelligo ita, licet Dd. non declarent, quod not.*

VIII. *Cujus autem expensis praedicta fieri debeant? Dic expensis ejus, cui servitus debetur* (3), *et ita etiam vult. Flor.* (4), *et vide quod dicam* in versi. sed cujus expensis.

IX. *Item est licitum etiam locum servientem reficere, puta iter vel aquaeductum: et refectionis causa etiam est licitum accedere ad ea loca, quae non serviunt*, ut est text. not. in l. refectionis in princip. communia praed. *et est text. secundum Flo. pro habentibus ductum aquarum et clusas ad molendinum per fundum alterius, ut domino fundi servientis debeat praestare aditum etiam per alium suum fundum non servientem, ac etiam pati imponi lapides, et calcem, et arenam, et simil. pro reparatione dictae clusae. et idem dicas de aliis similibus: quod est valde not. Item praedicta facere potest non solum ille, cui servitutes debentur, sed etiam fabri sui et magistri ad hoc ne-*

può altresì fare nel canale ciò che più gli aggrada, purchè non renda peggiore l'acqua del padrone del fondo, come dicono i testi i quali vengono allegati. Dond'è che chi ha la licenza di passare o di condur acqua per l'altrui fondo, o di fare scale o pozzi nel fondo serviente, può altresì tagliar alberi, cavar terra, spianar fossi e far simili cose, onde comodamente usare della servitù. Se egli adunque ciò opera, non può venire accusato di danno inferito, perchè questo avviene quotidianamente ed utilmente; lo che io intendo esser pure anche quando, in forza del taglio, della spianata o della fossa, provenga incomodo al proprietario del fondo serviente; imperocchè quelle operazioni non possono eseguirsi senza alcun danno. Ma se si apportasse incomodo al padrone del fondo serviente nel passare o nel condur l'acqua, allora le predette opere non si potrebbero eseguire, in virtù della legge *Labeo. De serv. rust. praed., leg. hoc jure § is qui* e *leg. fin. De aqua quotid. et aest.*, le quali leggi io intendo in questa maniera, benchè i Dottori nol dichiarino; ed è da notarsi (*b*).

VIII. A spese di chi si debbono fare le suddette cose? Rispondi: a spese di quello cui è dovuta la servitù. Così vogliono i testi e Floriano; e vedi quanto io dirò nel versetto, *ma a spese di chi* ecc.

IX. Parimente è lecito eziandio restaurare il luogo serviente, come il passaggio e l'acquidotto; e in causa del ristauro è pur lecito appressarsi a quei siti che non servono, in virtù di quel testo notabile della leg. *refectionis in princ. Communia praed.*, il quale, secondo Floriano, sta a favore di coloro che possedono la condotta d'acqua o le chiusure pei mulini nel fondo altrui, onde il padrone del predio serviente debba dar adito eziandio in altro suo fondo che non serve, ed ancora soffrire che sieno poste pietre, calce, sabbia e simili cose per la riparazione di detta chiusura. Lo stesso dirai dei casi consimili; il che è molto degno di nota. Del pari non solo colui, cui le servitù son dovute, può fare le predette cose,

Digitized by Google

X. *Est argum. secundum Paul. de Castr.* in d. l. refectionis, *quod si ex forma statuti licitum est alicui vindictam sumere de eo, qui ipsum offendit, sit sibi licitum congregare amicos, qui ipsum adjuvent ad hoc, et illi non punientur, sicut nec ille principalis, et dicit de hoc esse gloss. not. et sing.* in l. cum fundi de vi et vi armata, *licet gloss.* in l. Gracchus C. de adv. *videatur requirere, quod congregati sint tales, quibus ille, congregans possit praecipere, ut sint filii, vel servi, et istam partem, quod non puniantur, tenet Jacob. de But. et Paul. de Castr.* (1), *et alias obtinui in civitate mea Veronensi: ubi est statutum, quod si frater, vel maritus, vel pater reperit aliquem cum sorore, uxore, vel filia male conversantem, possit eum impune occidere. Nam quidam sciens unum male conversari cum sua sorore, congregavit duos amicos, et occidit eum. Dixi quod tam frater, quam etiam sui socii debeant absolvi* (2), *et ita per curiam judicatum fuit: quod perpetuo tene menti.*

XI. *Licet sit dubium, numquid in his casibus ille, qui potest aliquem occidere* (*), *possit alteri hoc mandare, ita quod ille mandatarius non teneatur? et Bald. tenet idem scilicet, quod mandatarius occidens non teneatur* (3), *et de hoc est gloss. sing.* (4). *Sed idem Bald. tenet contrarium* (5) *et hoc facit ad q.* (6), *idem tenet Ang.* (7), *et ibi Salic. inclinat in istam sententiam, licet dicat se dubitare, idem tenet etiam Ang. de Aret.* in suo maleficio (8). *Hanc quaestionem non determino: quia non est materia nostra, sed est dubia satis, sed vide text.* (9). *Ita ille cui debetur servitus, potest deprimere, et elevare locum servientem, ut commode servitute uti possit, si sibi necessarium est, nisi aliter actum sit* (10), *vel nisi hoc sit cum magno incommodo domini praedii servientis, et hoc modo potest intelligi* l. 1,

(1) *In d. l. refectionis.*
(2) *Per d. l. refectionis, cum his quae supra dixi.*
(3) *In l. Gracchus, C. de adult.*
(4) *In d. l. cum fundum in vers. postea in princip. secundum lectu. primam de vi et vi ar.*
(5) *C. 1. § vers.*
(6) *In titul. de pace jur. firman. in usib. seu per l. servus si haer. de statu liber. ibi, pater duntaxat, etc.*

X. Lo stesso Paolo trae argomento dalla detta legge *refectionis* per sostenere che se in virtù di statuto sia permesso ad alcuno far vendetta su quello che l' offese, gli sia pur lecito raunare gli amici affinchè lo ajutino nell'opra; e che questi non debbano essere puniti, come neppure il reo principale; e dice intorno a ciò esservi una glossa notabile e singolare sulla legge *cum fundi, De vi et vi armat.*, benchè la glossa sulla legge *Gracchus Cod. De adv.* sembri richiedere che i ragunati sieno tali a' quali il raunante possa comandare, come sarebbero i figli ed i servi. E questa opinione, che non vadano puniti, è abbracciata da Jacopo Butrigari e Paolo Castrense; e così pure altra volta io ritenni nella mia città di Verona, dove è uno statuto, pel quale se il fratello, o il marito, od il padre, trova alcuno in atto carnale colla sorella, colla moglie o colla figlia, può ucciderlo impunemente. Imperocchè un cotale, sapendo che un altro teneva commercio colla sorella, raccolse due amici e l' ammazzò. Io consigliai che tanto il fratello quanto i di lui compagni dovessero essere assolti, e così fu giudicato dalla curia; locchè perpetuamente ricorda.

XI. Tuttavia è dubbioso se in questi casi colui che può uccidere (*) alcuno possa dar mandato ad altri di ciò fare, in guisa che il mandatario non sia responsabile della propria azione: e Baldo tiene questa opinione, cioè che il mandatario uccisore non debba punirsi, e v' ha una glossa singolare a sostegno. Però lo stesso Baldo opina diversamente in altro luogo, e così pure Angelo; e Saliceto inclina a questa sentenza, benchè dica di dubitare, ed Angelo d' Arezzo nel suo *maleficio* la segue. Io però non isciolgo tale quistione, perchè non è materia nostra e perchè è abbastanza dubbia; ma ti rimetto ai testi. Parimente quegli cui è dovuta la servitù può abbassare ed innalzare il luogo serviente, onde a bell' agio possa godere di quella, se però gli sia ciò necessario e purchè non sia stabilito altrimenti, ovvero, purchè non arrechi grande incomodo al proprietario del fondo serviente. In questa guisa ponno in-

(7) *In d. l. Gracchus.*
(8) *In gloss. che may adulterato la mia donna in 6. col. vers. quid si pater vel maritus.*
(9) *In l. si quis in gravi. § 1. et ibi per Ludo. Pon. ff. ad Sylla.*
(10) *Ut est text. in d. l. refectionis, ff. communia praedior.*

Digitized by Google

§ fin. de rivis et l. 3, § penult. ff. de itine. actuque privato.

XII. *Sed cujus expensis talis refectio, vel depressio, aut levatio fieri debeat? Dic regulariter expensis ejus, cui servitus debetur, sed fallit in servitute oneris ferendi* (1), *de quo dic, ut dicam plenius infra, de servitute oneris ferendi. Caetera circa materiam istam vide quae dicam in speciebus servit.*

(1) *Ut est text. in l. et si ferre, ff. si, serv. vendit. et per Bart. et Dd.*

(*) *Occidere.* Adde Alexand. *cons.* 141. *in* 1. *col.* § 3. *pro hoc in* 2. *volum.* *et in* 1. *vol. cons.* 160. *in* 3. *colum.* ubi ponit, an, et quando sit licitum occidere, et quomodo, et qualiter probetur defensio: et an requiratur, quod non potuerit aufugere.

tendersi la legge fin. *de rivis* e la legge 3 § *pen. ff de itinere actuque privato.*

XII. Ma tale ristauro, o abbassamento, o innalzamento, a spese di chi dovrà esser fatto? Rispondi: di regola a spese di quello cui è dovuta la servitù; ma v' ha eccezione per la servitù di sopportare il peso: intorno a che di' come esporrò più pienamente in seguito quando parlerò di tale servitù. Le altre cose che restano a dirsi circa questa materia le vedrai dove tratterò delle specie delle servitù (*c*).

(*) *Uccidere.* Aggiungi Alessandro *cons.* 141, *col.* 1, § 3, *vol.* 2, *cons.* 160, *col.* 3, *vol.* 1, dove propone, se e quando sia permesso ammazzare, e come e qualmente si provi la difesa; e se si richieda che non s'abbia potuto fuggire.

ANNOTAZIONI AL CAPO XXIII.

(*a*) Pegli art. 701, 702 del Codice Napoleone, chi ha il diritto di servitù prediale ne usa secondo il proprio titolo, ma però in modo da non rendere più onerosa la condizione del fondo serviente.

E pel § 484 del Codice austriaco, usa a suo grado del proprio diritto. Ma deve intendersi, nei limiti del titolo, perchè fuori di quei limiti vi sarebbe abuso e non uso. Le servitù poi si restringono per quanto il comportino la indole e lo scopo loro, anzi che estendersi.

Il titolo dunque regola prima di tutto le servitù prediali.

Perciò:

1.° Se il titolo ha stabilito, p. e., che un diritto di passaggio pel fondo altrui debba essere esercitato in un dato sito, dev' esserlo per quel sito.

2.° Se ha stabilito che sia esercitato ora su un sito ed ora sull' altro ad arbitrio del possessore del fondo dominante, può essere così esercitato.

3.° Se ha stabilito soltanto il passaggio senza fissarne il sito e senza determinare che possa essere esercitato ora su un sito ed ora su un altro, pare che il sito debba essere fissato.

Chi poi lo fisserà? Le parti lo fisseranno se sono d'accordo. Lo fisserà l'arbitro per esse, se, secondo il § 349 del giudiziario regolamento, abbiano assentito in un arbitro. In caso diverso, il giudice ordinario, sentiti, ove sia necessario, i periti.

Infatti le parti che si credano lese ne' proprii diritti e che non possano accordarsi, non ponno farsi giustizia da sè e denno portare le loro lagnanze all' autorità stabilita dalla legge, che in questo caso è quel giudice ordinario.

In quei tre casi però l' esercizio del passaggio dee aver luogo in modo da conciliare l' interesse del fondo dominante col minore incomodo del fondo serviente. E ciò per le regole che ho qui sopra indicate, che non dev' essere resa più grave la condizione di quell' ultimo fondo e che le servitù prediali non si estendono, ma si restringono.

Per questi principii l' art. 701 del Codice Napoleone ha stabilito che se la originaria destinazione della servitù prediale è divenuta più onerosa al fondo serviente, ed impedisce che vi vengano fatte le riparazioni vantaggiose, il proprietario di quel fondo può offrire a quello del fondo dominante, che non può ricusarlo, altro sito egualmente comodo per l' esercizio di quella servitù.

Digitized by Google

(b) Credo dunque che dovendosi scegliere il sito del passaggio, o perchè il titolo non ne ha fissato uno preciso, o perchè non ha accordato il passaggio ora su un sito ora su un altro ad arbitrio del possessore del fondo dominante, o perchè il sito non fu determinato da un possesso inducente prescrizione acquisitiva, il sito stesso, quando le parti sieno discordi nello scegliere, quando l'arbitro non l'abbia scelto per esse, quando infine il titolo non riservi espressamente la scelta all'uno od all'altro dei due possessori dei fondi dominante e serviente, debba essere, come ho detto, scelto dal giudice ordinario.

Prima di tutto quei due possessori mi sembrano in posizione perfettamente eguale. Se quello del fondo dominante dicesse: tocca a me la scelta del sito, perchè ho il diritto di passaggio; dunque spetta a me determinare dove debba esercitarlo, quello del fondo serviente potrebbe con eguale ragione rispondergli: la scelta tocca a me, perchè dovete passare dove per me sia meno nocevole, e del mio minore aggravio io deggio esser giudice. Essendo così essi in situazione del tutto eguale, parmi che l'uno non debba avere sull'altro preferenza. Non tocca dunque nè all'uno nè all'altro scegliere il sito. E se pur dev'essere scelto, chi dovrà e potrà sceglierlo se non il giudice ordinario?

Parmi che l'art. 550 del Codice civile di Parma abbia in questo senso deciso la quistione.

Quell'articolo dice che quando il modo e le condizioni della servitù non sieno stabilite nell'atto che l'ha costituita, ognuna delle parti può costringere l'altra a convenirne.

Ora se quell'atto costitutivo nulla dice sulla condizione del sito del passaggio, ognuna delle parti può astringere l'altra a convenire intorno a quel sito. Ma non può costringerla se non ricorrendo al giudice ordinario che solo ha mezzi legali di costringimento.

E parmi che in sostanza questa sia la opinione anche del nostro illustre Romagnosi.

Infatti esaminando egli a chi spetti, tacendo il contratto, eleggere il luogo e designare la via dell'acqua, dice a pag. 232 del suo trattato sulla condotta delle acque, tomo III, Milano tipografia di commercio 1823, che consultando la pura ragione naturale, la scelta dovrebbe spettarne bensì al padrone del fondo serviente, ma che in caso di discordia con quello del fondo dominante, dovrebbe farsi dal giudice col giudizio dei periti. Se vi ha dunque discordia fra i due padroni, nè l'uno nè l'altro sceglie il sito, ma lo sceglie il giudice.

Quello che il Romagnosi ha detto della via dell'acqua parmi del tutto applicabile anche al sito del passaggio pel fondo altrui.

In questo modo per le leggi francesi la pensano l'autore dell'articolo sulle servitù nel Dizionario del Merlin § XXIX, ed il Pardessus nel suo trattato delle servitù § 62.

E non parmi che il Codice austriaco porti nulla in contrario.

È vero che pel § 484 di quest'ultimo Codice il possessore del fondo dominante può esercitare a suo grado il proprio diritto.

Ma da ciò non ne viene ancora, che nel caso che tratto, dovendosi scegliere il sito del passaggio, debba egli sceglierlo. Esercita il diritto a suo grado ma sempre entro i limiti del titolo. Ha dunque la scelta del sito, quando il titolo gliel'ha data. Ma se il titolo tace, la scelta non gli spetta in preferenza al possessore del fondo serviente.

È vero anche, stabilire il § 906 che se la promessa può essere eseguita in più *modi*, la scelta nell'eseguirla spetti alla persona obbligata.

Ma da ciò non ne viene ancora, che nel caso che tratto, la scelta del sito del passaggio spetti al possessore del fondo serviente come obbligato.

Pel § 477 il diritto di passaggio può essere esercitato o a piedi, o con bestie, o con carro. Questi sono veramente i *modi*, le guise, le maniere di esercitarlo. Qui, ove il titolo conceda il passaggio senza esprimerne il modo, vale a dire se a piedi, o con bestie, o con carro, la scelta del modo spetta al possessore del fondo serviente come obbligato. Ma

Digitized by Google

e quando si trattasse di sceglierlo, non mi sembra che l'erede come obbligato od il legatario come avente diritto potessero riferirsi al § 656 onde avere di preferenza la scelta di quel sito. Nei casi da quel § preveduti l'erede ed il legatario avrebbero la scelta della servitù, non del sito di essa.

Invito poi i miei lettori a leggere su questo argomento gli articoli al n. 85, 86, 96 della Sezione II dell'*Eco dei Tribunali* del 1852. Potranno ritrarvi utili dati onde valutare la esattezza o la inesattezza delle opinioni che qui ho esposto.

Che se finalmente il titolo riservasse espressamente la scelta del sito all'uno od all'altro dei due proprietarii dei fondi dominante e serviente, converrebbe stare al titolo. Fatta poi dall'uno o dall'altro la scelta, essi in generale non potrebbero più recedervi. In particolare per altro ove l'avesse fatta quello del fondo serviente potrebbe recedervi concorrendovi ed eseguendo gli estremi dell'art. 704 del Codice Napoleone, come ho detto in fine dell'annotazione *a* del presente Capo.

(*c*) Per l'art. 697 del Codice Napoleone chi ha il diritto ad una servitù può fare tutte le opere necessarie per usarne e conservarla.

Ma facendole non può per l'art. 702 rendere la condizione dell'obbligato più onerosa di quello che porta il titolo.

Lo stesso dice specialmente ed implicitamente il § 483 del Codice austriaco.

Se le spese per la conservazione e per la riparazione della cosa serviente stanno di regola a carico di quello che ha il diritto di servitù, ciò vuol dire che stanno a di lui carico le opere per le quali sono necessarie quelle spese.

E se pel successivo § 484 le servitù non si deggiono estendere ma restringere, ciò vuol dire che quelle opere non deggiono rendere la servitù più onerosa all'obbligato di quello che porti il titolo.

Le spese delle opere necessarie onde far uso delle servitù prediali e conservarle sono per l'art. 698 del Codice Napoleone a carico di chi ne ha il diritto.

La stessa regola è portata anche dai §§ 483, 487 in fine, 488, 489, 490, 491, 494, 497 del Codice austriaco.

È portata eziandio dall'art. 52 della legge italiana sulle acque del 20 aprile 1804 nel caso di derivazione di acque pubbliche o private per usi di agricoltura o d'industria e dal successivo art. 54 nel caso dello scolo delle acque superiori sui terreni inferiori.

Quella regola ha però eccezioni.

1.° Le suddette spese per l'art. 698 del Codice Napoleone sono invece a carico del proprietario del fondo serviente, quando il titolo che ha costituito la servitù lo abbia stabilito. E parmi anche quando ciò sia stato stabilito da un titolo posteriore. E parmi finalmente che siffatta obbligazione del padrone del fondo serviente possa essere non solo espressa, ma anche tacitamente desunta da circostanze che non ammettono motivi ragionevoli di dubbio.

Parmi che lo stesso debba dirsi anche pel Codice austriaco.

Esso non proibisce che il titolo il quale ha costituito la servitù, o un titolo posteriore, od il tacito consenso addossino a quest'ultimo proprietario le spese necessarie ad usarne e conservarla.

2.° Pei §§ 483, 487, 494 del Codice austriaco se il proprietario della cosa serviente ne fa anch'egli uso, dee contribuire col proprietario del fondo dominante in proporzione a quelle spese.

Parmi che lo stesso debba dirsi anche pel Codice Napoleone.

Infatti le suddette spese sono addossate in regola a chi ha il diritto di servitù, perchè se ha il vantaggio derivante dall'uso dee avere anche l'aggravio delle spese necessarie perchè quel vantaggio gli venga procacciato. Ma quando a quel vantaggio partecipi anche il proprietario della cosa serviente, ragion vuole che partecipi anche alle spese necessarie a procacciarglielo.

3.° Per l'art. 29 della legge italiana sulle strade del 20 maggio 1806 n. 34, la riparazione e la conservazione delle strade private gravate di servitù a favore del pubblico sta a carico dei proprietarii delle stesse, cioè del proprietario del fondo serviente, e non a carico del pubblico che ha diritto a quella servitù.

La suddetta legge vige ancora nel regno lombardo veneto, come legge amministrativa mantenuta in osservanza dalla Patente di pubblicazione dell'attuale Codice civile.

Digitized by Google

4.° Quando la spesa di un'opera onde usare di una servitù prediale e conservarla sia divenuta necessaria per colpa del proprietario del fondo serviente, parmi ch' egli debba sopportarla anche se le spese incombano al proprietario del fondo dominante.

All' opposto parmi che quand' anche od un titolo od il tacito consenso avessero posto le spese a carico del proprietario del fondo serviente, il proprietario del fondo dominante dovrebbe sopportarle quando le opere per sua colpa fossero divenute necessarie.

Tratterebbesi in ultima analisi di danno proveniente da colpa. Questo danno dev' essere risarcito da chi lo ha cagionato.

La eccezione al n. 1 ha poi anch' essa per l' art. 699 del Codice Napoleone una eccezione.

Sta cioè in libertà del proprietario del fondo serviente di liberarsi da ogni spesa per l' uso e per la conservazione delle servitù prediali, spesa cui fosse obbligato, coll' abbandonare quel fondo al proprietario del fondo dominante.

Ciò non troverei stabilito dal Codice austriaco.

Bensì trovo in esso una eccezione alla eccezione da me accennata al n. 2.

Il proprietario della cosa serviente ove, come ivi ho detto, ne faccia anch'egli uso, dee contribuire in proporzione alle suddette spese.

Ma è in libertà di liberarsene quando, secondo il § 483, ceda, abbandoni, la cosa serviente a chi ha il diritto di servitù.

Parmi che lo stesso possa dirsi anche pel Codice Napoleone.

Infatti se per l' art. 699 il proprietario del fondo serviente mediante abbandono di quel fondo a chi ha il diritto di servitù può liberarsi da tutte le spese cui è obbligato, sembra che mediante quell' abbandono possa liberarsene anche da una parte sola alla quale è obbligato. Chi può il più poter dovrebbe anche il meno.

Ho detto che pel Codice austriaco il proprietario della cosa serviente che usandone anch' egli, contribuir dee in proporzione alle spese necessarie per l' uso e per la conservazione della servitù, può liberarsi da quelle abbandonando questa al proprietario del fondo dominante.

Ne viene forse da ciò che con quell'abbandono possa liberarsi da tutte le spese alle quali fosse per patto obbligato anche il proprietario della cosa serviente che di essa non faccia uso?

Mi pare di no, perchè l'abbandono è permesso per legge al solo proprietario della cosa serviente che, usandone anch' egli, contribuir debba in parte alle suddette spese. Gli è permesso, perchè può rinunciare al proprio vantaggio e rinunciandovi dev' essere liberato dalle congiuntevi spese. Ma non è permesso l' abbandono al proprietario della cosa serviente che pur non usandone abbia per patto l'obbligo di sopportare tutte quelle spese. Da quel patto ei non può da sè solo resilire.

Chi ha poi diritto ad una servitù prediale dee avere anche diritto a tutto ciò ch' è necessario onde esercitarla.

Il Codice Napoleone all' art. 696 lo dice espressamente.

Lo stesso dev' essere anche pel Codice austriaco in tutti i casi.

P. e. mi è accordato a vantaggio del mio fondo il diritto di cavar acqua dalla sorgente del fondo altrui.

Mi è impossibile cavarla, se dal mio non vado nell'altrui fondo. E mi è impossibile di usarne dopo attinta, se dall' altrui fondo non faccio ritorno nel mio.

È indispensabile dunque all' esercizio della mia servitù il diritto di passaggio sul fondo altrui.

Ed il § 496 per questo caso me lo accorda, dichiara cioè che col diritto di cavar acqua

Digitized by Google

CAPUT XXIV.

QUANDO, ET QUALITER, ET QUOMODO SERVITUTES AMITTANTUR.

I. *Res propria nemini servit.* — II. *Servitus an extinguatur, quando unus fundus serviens uni, vel omnibus socii praedii dominantis, omnibus sociis, vel uni particulari acquiratur.* — III. *Emphyteuta, vel vasallus si fundo emphyteutico, vel feudatario servitutem imposuerit, et postea emphyteusis vel feudum finiatur, servitutis impositio extinguitur.* — IV. *Praescriptione scilicet non utendo regulariter servitutes amittuntur.* — V. *Decimarum in praescriptione, et in aliis rebus ecclesiasticis, an temporum duplicatio, de quibus in jure, locum habeat.* — VI. *Praescriptio servitutis an contra ignorantes se jus servitutis habere, currat.* — VII. *Jus canonico et civile quo ad praescriptionem an differant.* — VIII. *Accusatio vel requisitio de crimine si fiat, quod certo die, vel loco commissum dicitur, si de alio die, vel loco probetur, numquid ad condemnationem sufficiat.* — IX. *Actione injuriarum si agam, quia percussisti me in facie cum pugno, et de percussione in spatulis probetur, an absolutio sequi debeat.* — X. *Inquisitio, vel accusatio cum sanguinis effusione si probata fuerit et simplex percussio probata sit, an condemnatio de simplici percussione sequi debeat.* — XI. *Via si alicubi occupata reperiatur: ita quod per eam transire non possit: an sine poena per vicini fundum ire possit.*

Decimo et ultimo principaliter dicendum est de amissione servitutis: videlicet

CAPO XXIV.

QUANDO, COME E QUALMENTE SI PERDANO LE SERVITÙ.

I. La cosa propria non serve ad alcuno. — II. Se si estingua la servitù quando un fondo che serve ad un solo od a tutti i comproprietarii del fondo dominante viene acquistato da tutti o particolarmente da uno solo. — III. Qualora l'enfiteuta od il vassallo abbia imposta servitù al fondo enfiteuticario o feudale, e poscia l'enfiteusi od il feudo sia sciolto, la servitù imposta si estingue. — IV. Le servitù di regola si perdono colla prescrizione, ovvero col non usarle. — V. Se abbia luogo il giuridico raddoppiamento dei tempi nella prescrizione delle decime e nelle altre cose ecclesiastiche. — VI. Se decorra la prescrizione della servitù contro coloro che ignorano possedere il diritto di servitù. — VII. Se il diritto canonico ed il civile differiscano fra loro circa la prescrizione. — VIII. Se bastino per condannare l'accusa o la ricerca di un delitto che si dice commesso in certo giorno e luogo, quando risulta perpetrato in altro giorno e luogo. — IX. Se tu debba essere assolto, quando agendo io coll'azione d'ingiurie perchè m'hai percosso nella faccia con un pugno, sia invece provato che m'hai percosso nelle spalle. — X. Se qualora fosse stata istratta inquisizione od accusa di ferimento con effusione di sangue e fosse provato il semplice percuotimento, debba essere pronunciata condanna di semplice percussione. — XI. Se, quando si trovi la strada in qualche parte occupata, così che sia impedito passare per essa, si possa andare impunemente pel fondo del vicino.

In decimo ed ultimo luogo dobbiamo principalmente trattare della perdita delle

Digitized by Google

I. *Et ratio hujus decisionis colligitur ex illa regula, quod res propria nemini servit* (1), *scilicet si communicarem tibi praedium meum pro parte, vel tu communicares mihi praedium tuum pro parte: quia tunc servitus non extinguitur* (2). *Item extinguitur servitus, si a socio praedii communis dominantis communiter emitur fundus serviens*, text. est in leg. si communi fund. de servit. rust. praed., *et est ratio: quia pars utriusque domini in utroque fundo esse incipit, ut ibi dicitur: et sic notatur, quod sicut quando fundus tuus debet servitutem fundo meo, si dominus fundi tui efficiar: et sic uterque efficitur meus insolidum, quia res mea non potest alteri meae servire, ut dixi. Item si fundus dominans est communis inter te et me pro indiviso: postea fundus serviens similiter efficitur communis inter nos, extinguitur servitus* (3), *quia quod juris est in una persona, idem in duabus* (4); *secus si proprio meo fundo, et proprio tuo unus, et idem fundus tertii serviat, et ipsum in communi emerim: quia tunc servitus remanebit, quoniam proprio fundo servitus deberi potest, etiam per communem* (5).

II. *Et circa istam materiam, quando unus fundus serviens acquiritur uni, vel omnibus sociis praedii dominantis, vel quando acquiritur uni particulari, an extinguatur servitus, vide glossa ordin. quae plene distinguit* in d. l. si communi fundo, *et ibi per Dd. et glossa*, in l. si unus ex socis § 1. versic. placet de servitut. rustic. *et ibi per Dd. et per Azon.* (6), *omnitantur servitutes, qui bene dicunt, in omnibus, excepto eo, quod in quantum faciunt differentiam* (7), *inter redemptionem et communionem. Nam est distinguendum solummodo, an dominus vel domini praedii dominantis, efficiantur domini praedii*

I. La ragione di questa sentenza si ritrae dalla nota regola: che la cosa propria non serve a chicchessia. Altrimenti sarebbe se io ti conferissi il dominio di parte del mio fondo, o tu di una parte del tuo mi trasmettessi la proprietà, perchè allora la servitù non s'estingue. Del pari cessa la servitù, se il fondo serviente è comperato in comune dal comproprietario del fondo comune dominante; e la ragione è questa: perchè nell'uno e nell'altro fondo comincia ad esistere un'eguale diritto d'ambedue i padroni, come è detto nella legge *si communi fundo. De serv. rust. praed.*, e perciò si osserva che siccome quando il fondo è tuo, deve la servitù al mio, così quando io divento padrone del tuo fondo, e l'uno e l'altro spettano a me per intero; quindi la servitù si spegne, perchè la cosa mia non può servire ad un'altra mia, come dissi. Parimente se il fondo dominante sia indivisamente comune fra te e me, e poscia diventi in egual modo comune anche il fondo serviente, cessa la servitù, perchè ciò ch'è di diritto in una persona, è pur lo stesso in due. Altrimente avverrebbe se uno stesso fondo appartenente ad un terzo servisse al tuo proprio predio del pari che al mio ed io lo comperassi in comune: perchè in quel caso la servitù rimarrebbe pel motivo che la servitù può essere dovuta al proprio fondo eziandio da un fondo comune.

II. E circa questa materia, cioè, se la servitù si estingua qualora il fondo serviente sia acquistato da uno o da tutti i comproprietari del fondo dominante, oppure da uno solo in particolare, vedi la glossa ordinaria, che distingue pienamente nella legge *si communi fundo*, ed ivi i dottori, e la glossa nella legge *si unus ex socis* § 1.° *vers. placet. De serv. rust.* ed i Dottori ed Anzone, i quali dicono bene in tutto, fuor che in questo: che fanno differenza fra la redenzione e la comunione. Imperocchè deesi solamente distinguere, se il padrone o i padroni del fondo dominante diventino proprietari del fondo serviente e in tal caso la

Digitized by Google

haeres imposuit servitutem fundo alteri sub conditione legato, extinguitur servitus adveniente conditione (1). *Et ratio est, quia finito jure datoris, finitur jus acceptoris* (2).

III. *Et ideo si emphyteuta, vel vassallus imposuerit servitutem fundo emphyteutico vel feudatario, quod potest* (3), *postea emphyteusis vel feudum finiatur, extinguitur servitutis impositio* (4). *Et idem dicas in simili* (5).

IV. *Item servitutes regulariter amittuntur per praescriptionem* (*): *scilicet non utendo per longum tempus, hoc est* 10 *annis inter praesentes, et* 20 *inter absentes, si constituta sit servitus, quae non haberet temporum intervalla, vel si intervalla dierum vel noctium tantum, vel brevioria spatii: si autem habeat intervalla annorum vel mensium, amittitur tempore duplicato, videlicet* 20 *annis inter praesentes, et* 40 *inter absentes* (6), *et hoc videtur tenere* gloss. in l. si sic. quemad. serv. amitt., *quia vera est ejus ultima opin. et hoc etiam videtur tenere gloss.* in l. cum notissimi § fin. quae incipit, verbi gratia C. de praescript. 30 annor., *quae dicit, quod ista duplicatio habet locum in decennali vel vicennali praescriptione, et hoc etiam sentit gloss. antepenult. in princ. in versi.* propter brevitatem temporis, in cap. cum ecclesia Sutrina de causa possessio, *et proprie, quae dicit, quod ea quae non habent causam continuam, tempus duplicatum requirunt* (7), *et hanc opinionem putat esse veriorem Abbas Sicul.* (8), *licet praedictam gloss. non alleget. Alii dicunt, quod duplicatur tempus solummodo* 10 *et non* 20 *annorum, et sic in utroque casu praescribitur spatio* 20 *annorum, videlicet inter praesentes et inter absentes, et ista fuit opinio Joan. gloss.* (9), *quem sequitur gloss. Accurs.* (10) *et Barthol. et Bald. et ibi communiter Dd. sequuntur, et Innoc.* (11), *dum istam opin. ultimam ponit juxta gloss. not.* (12) *et per not. per Bald.* (13) *ubi dicitur, quod ultima*

legato sotto condizione, la servitù s' estingue col verificarsi di questa; e la ragione si è: che cessato il diritto di chi dà, cessa anche il diritto di chi riceve.

III. Perciò se l' enfiteuta o il vassallo avrà imposto servitù al fondo enfiteuticario o feudale (lo che può fare), e poscia l' enfiteusi od il feudo si spenga, s' estinguerà pure la servitù imposta. Così dirai nei casi consimili.

IV. Parimente le servitù di regola si perdono per la prescrizione (*); cioè col non usarle per lungo tempo, vale a dire per 10 anni fra' presenti e 20 fra gli assenti, se la servitù costituita sia tale che non abbia intervalli di tempo, oppure soltanto intervalli di giorni o di notti, o di spazio più breve. Che se avesse intervalli di anni o di mesi, si perderebbe col doppio tempo, cioè con 20 anni fra presenti e 40 fra assenti; e questo sembra ritenere la glossa sulla legge *si sic. Quemad. serv. amit.* essendo vera la sua ultima opinione; e sembra ancora ritenerlo la glossa sulla legge *cum notissimi § fin. Cod. De praescrip. 30 ann.*, la quale dice che questo raddoppiamento ha luogo nella prescrizione decennale; e vicennale, e ciò sembra eziandio opinare la glossa antepenultima sul principio del vers. *propter brevitatem temporis, in cap. Cum ecclesia Sutrina. De causa posses.*, ed a ragione; la quale reca, che quelle servitù che non hanno causa continua richieggono un doppio tempo. Tale opinione è reputata più vera dall' Abate Siciliano, benchè non alleghi la predetta glossa. Altri dicono che il tempo raddoppiato si richiede soltanto per i 10 anni e non pei 20, in guisa che nell' uno e nell' altro caso si prescriva collo spazio di 20 anni sì tra presenti che fra assenti; e questa fu opinione di Giovanni glossatore seguita dal glossatore Accorso, da Bartolo, da Baldo e da tutti i dottori. Innocenzo pone quest' ultima opinione secondo la glossa; ma Baldo dice che dee mettersi in dubbio, e di tale avviso sono ancor io. Baldo poi ne al-

Digitized by Google

etiam ibi allegat rationem: quia cum vicennium sit tempus a lege duplicatum, non debet ulterius duplicari, ne fiat duplicatio duplicationis, et pro hoc ego adduco, quod dicitur in simili, quod retorcutio retorcutionis non amittitur (1). Et sic nota, quod ista duplicatio temporum non habet locum ultra tempus decimale vel vigesimale, et sic non habet locum in praescriptione 30 vel 40 annorum (2), nec habet locum in praestatione annua, ut vult etiam eadem gloss. ibi, quem sequuntur Bd. et Flor. (3).

V. Sed numquid ista duplicatio temporum habeat locum in praescriptione decimarum, et in jure eligendi, vel in obligationibus, quae fiunt omni anno semel in die dedicationis vel festivitatis alicujus ecclesiae, vel in servitiis, quae recipiuntur ab aliquo? vide de istis omnibus per Innoc. et Canonist. (4) et per Flor. (5). Et super isto articulo de duplicatione temporis, in praescribenda servitute, sic videtur concludendum: quod aut est servitus continua sine aliquo temporis intervallo ex forma constitutionis, videlicet: promitto quod tu possis ducere aquam, vel continue, vel quandocumque vis, per fundum meum. et ista praescribitur longo tempore, videlicet 10 annis inter praesentes, et 20 inter absentes (6). Aut servitus continuam causam non habet sine intervallo: imo discontinuam ex forma constitutionis servitutis: quia habet intervalla, ut puta, quia non est semper licitum ducere aquam, vel ire: et tunc aut habet intervalla annorum vel mensium, ut puta constituta est servitus, ut aestate tantum ducatur, vel uno mense tantum in anno, vel alternis annis, vel alternis mensibus, et tunc quia tempus continuum, non habet duplicatum tempus (7), scilicet ut inter praesentes requirantur 10 anni, et inter absentes non duplicentur: quia sufficiunt anni 20 (8); item si habeat intervalla quinquennii, triennii, vel biennii, aut non temporum. ut quia omni quinquennio liceat una die vel plurib. gestare vel ire (9), idem in septimana, ut si alternis septimanis licitum est ire, vel aquam ducere, vel

(1) Secundum Barthol. in l. post legatum in princip. in pen. col. in fin. sed circa praedicta duo, de his quibus ut indig.

(2) Ut est gloss. not. in dic. leg. cum notissimi, § fin. de praescript. 30. annorum.

(3) In dic. leg. si sic, § 1. quemadmod. servit. amitt.

(4) In d. cap. de quarta, de praescript.

permesso raddoppiarlo più oltre, onde non avvenga un addoppiamento di addoppiamento; e a sostegno di essa adduco ciò che si dice in caso consimile, cioè che non è ammesso un ritorcimento di ritorcimento. E però nota che questo addoppiamento di tempo non può sorpassare il tempo di 10 o 20 anni, e non ha quindi luogo nella prescrizione di 30 o 40 anni. Così neppure avviene nell'annua prestazione, come vuole eziandio la glossa seguita dai Dottori e da Floriano.

V. Ma questo addoppiamento di tempo avrà forse luogo nella prescrizione delle decime e nel diritto di eleggere, oppure nelle obbligazioni che si fanno una volta all'anno nel dì della dedicazione o della festività di alcuna chiesa, ovvero nei servizi che si ricevono da taluno? Vedi intorno ciò Innocenzo e i Canonisti e Floriano. E circa questo punto dell'addoppiamento del tempo nel prescrivere la servitù, sembra che in tal modo si debba conchiudere: od è servitù continua senza alcuno intervallo di tempo per legge di sua costituzione, come: ti concedo diritto che tu possa condur acqua o continuamente o quando che vuoi pel fondo mio; e questa si prescrive col lungo tempo, cioè in 10 anni fra presenti e 20 fra assenti. Od è servitù che non ha causa continua senza intervallo; anzi l'ha discontinua per forma di sua costituzione, essendochè non abbia intervalli, per esempio, perchè non sempre è permesso condurre acqua o passare: ed allora, od ha intervalli di anni e di mesi; come, se fosse costituita la servitù che di estate soltanto si conduca, o soltanto in un mese, o in un anno o mese sì e l'altro no; ed allora, perchè il tempo è continuo, non ha luogo raddoppiamento, in guisa che bastano 10 anni fra presenti, e fra assenti non si raddoppiano, essendo sufficienti 20 anni. Così pure avverrà se abbia intervalli di cinque, di tre e di due anni, o meno, come se ad ogni quinquennio fosse permesso in uno o più giorni di portare o di andare. Così anche se in una settimana, o in alterne settimane, o in un solo giorno per settimana fosse lecito di andare o di condur acqua, se-

(5) In dic. leg. si sic.

(6) Ut l. sicut. C. de servit.

(7) Ut d. l. si sic.

(8) Ut supra dixi.

(9) Ut est text. not. in d. l. fin. in princip. C. de servitut.

Digitized by Google

una die in septimana, ut est gloss. not. quam Dd. sequuntur (1), *et eam sequitur etiam Nico. de Mart. et Abb. Sicul. et etiam Dd. Canonist.* (2). *Ex quo not. quod licet servitus habens causam discontinuam, non praescribitur longo tempore regulariter: sed requiritur tantum tempus, in cujus contrarium memoria non existat* (3), *tamen perdetur per non usum longi temporis, secundum ea quae supra dixi. Aut servitus habet intervalla dierum vel horarum, puta alternis diebus, aut die tota tantum, aut nocte tantum aut alternis horis, vel una hora quotidie quis servitute uti potest: et tunc quia istud reputatur quotidianum, et una servitus scilicet habens causam continuam, perinde ac si intervalla non habeat, non utendo amittitur tempore constituto, scilicet longo, videlicet 10 ann. inter praesentes, et 20 inter absentes: nec fit aliqua duplicatio temporum* (4).

VI. *Sed numquid ista praescriptio currit contra ignorantes* (**) *se habere jus servitutis? Dicas quod sic, etiamsi sibi non possit aliqua negligentia imputari* (5). *Sed propter istam ignorantiam in integrum restituitur ex clausula, si qua mihi justa causa esse videbitur*, ut l. 1. ff. ex quibus caus. major., *sicut quando fuisset impeditus aliqua justo impedimento*, ut d. l. et Attilicinus ut not. gloss. (6), *loquitur per verbum, forte, dicens, de aequitate forte per restitutionem subvenitur. Et idbo dixit, forte, quia* d. l. et Attilicinus *in qua se fundat, loquitur, quando fuit impeditus tali impedimento, adversus quod sibi consulere non potuit, quia fons exaruit. Sed quando impeditur propter suam ignorantiam per diligentem inquisitionem potuisset sibi providere, ideo non videbatur subesse tanta aequitas, et propterea gloss. determinat idem sub dubio forte, et est multum not. et semper allegatur, et pro ea providetur*, l. fin. C. de praescription. long. tempor. *currere etiam contra ignorantem, quia succurrit ignoranti per restitutionem in integrum ex clausula ea*

cendo la glossa notabile che esiste in proposito, la quale è seguita dai Dottori, ed eziandio da Nicolò de' Mattarelli, dall'Abate Siciliano e dai Dottori canonisti. Dal che ricava il corollario che sebbene la servitù avente causa discontinua non si prescriva di regola col lungo tempo, ma richiegga tanto tempo di cui non resti memoria, nondimeno si perderà pel non uso di lungo tempo, giusta quanto ho detto più sopra. O la servitù ha intervalli di giorni o di ore, verbigrazia: taluno può usare di essa un giorno sì e l'altro no, o tutto un giorno soltanto, o soltanto una notte, o in ore alternate, o in una ora ogni giorno; ed allora poichè l'uso si reputa quotidiano, e la servitù avente causa continua, come se non avesse intervalli, si perde col non usarla pel tempo stabilito, oppure pel lungo, cioè di 40 anni fra presenti e 20 fra assenti; nè si fa alcun raddoppiamento di tempo.

VI. Ma questa prescrizione decorrerà forse contro coloro che ignorano (**) di avere il diritto di servitù? Dirai che sì; quantunque non possa imputarsi loro alcuna negligenza. Ma per questa ignoranza è concessa la restituzione in intero, in virtù della clausola: se mi sembrerà esservi qualche causa giusta, della *leg. 1 ff. ex quib. caus. major.*, come nel caso che alcuno fosse stato impedito da qualche giusto ostacolo; e la glossa sulla legge *Attilicinus* usa la voce *forse*, dicendo: per equità forse è soccorso colla restituzione. E disse *forse* per ciò che la detta legge *Attilicinus* sulla quale si fonda, reca: allorchè fu impedito da tale ostacolo, contro il quale non potè premunirsi, perchè la fonte si disseccò. Ma quando è impedito per sua ignoranza, siccome avrebbe potuto provvedere con diligenti indagini, così non sembra aver luogo tanta equità: e perciò la glossa risolve questo caso sotto forte dubbio, ed è molto notabile e sempre si allega. A suo favore è provveduto con la legge fin. *Cod. de praescrip. longi temp.* che fa decorrere la prescrizione contro lo ignorante, perchè a questi soccorre colla

Digitized by Google

sentit Specul. (1), *et Canonistae idem* (2). *Et hoc perpetuo tene menti pro illis, contra quos currit praescriptio longi vel longissimi temporis, vel ex forma statuti: quia si fuerint ignorantes habent beneficium restitutionis in integrum ex clausula generali, in quadriennium a die scientiae* (3), *et hoc vult Barthol. singulariter* (4), *et Paul de Castr.* (5), *et Fulgo* (6), *et Abb. Sic.* (7), *quod not. quia saepe contingit in facto. Et praedicta, quod per non usum perdatur, et praescribatur servitus procedunt in servitutibus rusticis, secus in urbanis: quia in istis non sufficit me servitutis non usum: sed requiritur etiam, quod tu praestes mihi impedimentum* (8), *secundum glo. pen.* (9), *et idem tenet Inn., Ant. de But. et Canonistae* (10), *qui dicunt, quod est differentia inter rusticam servitutem et urbanam, in hoc, quia rustica perditur longo tempore non utendo, secundum ea quae supra dixi, urbana vero per longum usum non perit, sed ita demum, si vicinus usucapit libertatem, veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne tuae altius tollantur, ne luminibus mearum officiant: in hoc enim casu si ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero, vel construxero, ita demum jus meum amitto, si tu per id tempus altius sublatas habueris aedes tuas: alioquin si nihil feceris, retineo servitutem ut haec probantur* (11).

VII. *Et adverte, quia licet Innoc.* (12), *dicat praedicta procedere secundum leges, idem tamen dic tu secundum canones: quia in hoc Canonistae non reperietur contrarium disponere, nisi respectu Ecclesiae, contra quam non praescribitur, nisi spatio 40 annorum, unde in foro ecclesiastico, et in terris Ecclesiae praedicta servabuntur ad unguem, secundum Abb. Sicul.* (13). *Sed certe nec quantum ad Ecclesiam, est differentia inter jus canonicum et civile: quia utroque jure idem est, quoniam in rebus immobilibus contra Ecclesiam non currit praescriptio nisi 40 ann.* (14). *Sed in unum tantum regulariter*

(1) *In tit. de praescript. vers. sed pone colonus.*
(2) *In c. vigilanti de praescript.*
(3) *Juxta l. fin. de tempor. in integrum rest.*
(4) *In d. § si quis autem, et in l. 2. ad fin. Cod. si adversus vendit.*
(5) *In d. l. si sic, et in d. l. et Attilicinus.*
(6) *In l. juris ignorantia, ff. de jur. et fact. ignor. in l. senatus, de offic. praed.*
(7) *In d. vigilanti.*

da Bartolo, da Paolo di Castro, dallo Speculatore e dai Canonisti. E ciò ricorda perpetuamente a favore di coloro contro ai quali corre la prescrizione del lungo o lunghissimo tempo, o per legge od in virtù di statuto: perchè se furono ignoranti, godono il beneficio della restituzione in intero per la clausola generale nello spazio di 4 anni dal dì della loro scienza. Ciò è singolarmente voluto da Bartolo, da Paolo di Castro, dal Fulgosio e dall'Abate Siciliano, ed è notabile perchè spesso avviene di fatto. Le predette cose: che la servitù si perda col non uso e si prescriva, hanno luogo nelle servitù rustiche, non già nelle urbane, perchè in queste non basta ch'io non usi della servitù, ma si domanda eziandio che tu mi faccia impedimento, secondo la glossa e giusta la opinione d' Innocenzo, di Antonio da Butrio e dei Canonisti; i quali dicono che fra la servitù urbana e la rustica v'ha questa differenza: che la rustica si perde col non usarla per lungo tempo, secondo ciò che ho detto sopra; l'urbana poi non perisce col lungo non uso, sibbene qualora il vicino usucapisca la libertà, come nel caso che le tue case servano alle mie, onde non s'ergano più alte, ed affinchè non tolgano la vista alle mie; imperciocchè in questo caso s'io nel tempo fissato avrò formate o costrutte le mie finestre, solo allora perderò il mio diritto quando tu nel medesimo tempo avrai innalzate le tue case; in caso diverso, cioè se nulla avrai fatto, io riterrò la servitù.

VII. Ed avverti, che sebbene Innocenzo dica le predette cose avvenire secondo le leggi, nondimeno tu dei aggiungere: e secondo i canoni. Conciossiachè in questo punto i Canonisti non si trovano discordare se non se in riguardo alla Chiesa, contro la quale non si prescrive che collo spazio di 40 anni; onde nel foro ecclesiastico e nelle terre della Chiesa le predette norme si osservano a capello, secondo l'Abate Siciliano. Nè certamente rispetto alla Chiesa vi ha differenza fra il gius canonico ed il civile; imperocchè in amendue avviene lo stesso, non correndo prescrizione delle cose immobili contro la Chiesa se non di 40 anni.

(8) *Ut l. haec autem iura de servitut. urbanor. praedior.*
(9) *In fin. l. si sic, quemad. servit.*
(10) *In d. c. de quarta, de praescript.*
(11) *In l. haec autem jura de servitut. urban. praedior.*
(12) *In d. c. de quarta.*
(13) *In dict. cap. de quarta, ad fin.*
(14) *Vide de jure Canonico, d. c. de quarta, et de jure civili, in auth. quas actiones, de sac. eccl.*

Digitized by Google

est differentia, quantum ad praescriptionem inter jus canonicum et civile: quia jus civile admittit praescriptionem cum mala fide (1), *quod jus canonicum non admittit* (2). *In hoc tamen est standum juri canonico, quia est materia peccati* (3), *ibi aliter dixerit; et sic in effectu inter jus canonicum et civile nulla videtur esse differentia regulariter in materia praescriptionis, et maxime quantum ad propositum praescribendae servitutis, unde propter hoc tene omnia quae supra dixi observanda esse, tam de jure canonico, quam civili, et tam in terris Ecclesiae, quam in terris imperii. Item qui utitur servitute alio tempore, quam sibi debeatur, ipsam per non usum longi temporis perdit: et ideo si is qui nocturnam habet aquam, et interdum per constitutum tempus ad amissionem, usus fuerit diuturna, amittit nocturnam servitutem: quia ea non est usus. Idem est in eo qui certis horis usus fuerit, nec illa parte earum horarum, qua illa servitus debebatur* (4). *Idem si cui via actus debeatur, ut vehiculi certo genere uteretur* (5), *et alio genere usus fuerit super tempus constitutum, servitutem amittit* (6), *secus si quis exerceat plus juris quam habeat, quia non perdit jus sibi competens: quia qui facit plus quam debebat, dicitur facere id ad quod tenetur, et ideo qui amplius oneris quam licuerit, vexerit, magis et plusquam aliud fecisse videtur: et si latiore itinere quis usus esset, aut si plura jumenta egerit, quam licuerit, aut aquae quis immiscuerit aliam, in omnibus istis casibus servitus quidem non admittitur, sed conceditur plus servitutis habere quam pactus fuerit*, text. est in d. l. is cui via. in princ. concordat. l. si eo loco. § 1. si servit. vend., *ubi dicit, quod si quis vel latiore via vel angustiore usus est, servitutem retinet, sicut si aqua ex qua jus habet utendi, alia admixta usus est* (7). *Et haec jura alle-*

Ma in un punto soltanto v'è di regola differenza fra il diritto canonico ed il civile rispetto alla prescrizione; perchè il gius civile ammette la prescrizione con malafede, ciocchè il gius canonico non consente. Nondimeno in questo si dee stare col gius canonico, ch'è materia di peccato; e però effettualmente non sembra esservi di regola alcuna differenza fra il diritto canonico ed il civile nella materia della prescrizione e massimamente riguardo al punto del prescrivere la servitù. Per la qual cosa ritieni come vero tutto ciò che ho detto sopra doversi osservare sì pel diritto canonico e sì pel civile, tanto nelle terre della Chiesa che in quelle dell'Impero. Del pari chi usa della servitù in tempo diverso da quello in cui gli è dovuta, la perde pel non uso di lungo tempo; e perciò se quegli che ha il diritto di attinger acqua nelle ore di notte, l'usa durante il giorno per quello spazio di tempo ch'è stabilito per la prescrizione, perde la notturna servitù perchè non ne fece uso. Lo stesso accade per colui che avesse usato in certe ore, ma non in quella parte di dette ore nella quale la servitù era dovuta. Parimente quegli che aveva la servitù di strada e condotta, con obbligo di usare certo genere di vetture, se di un altro invece abbia fatt'uso pel tempo fissato, perde la servitù. Altrimenti avviene per colui che esercita un diritto maggiore di quello che gli compete, perchè non perde il diritto spettantegli; conciossiachè quegli che fa più di ciò che deve, dicesi far ciò cui è obbligato; e perciò se alcuno abbia condotto peso maggiore del permesso, sembrerà aver fatto bensì di più, ma non diversamente di ciò che gli spettava; e se alcuno avrà usato d'un passaggio più largo, o se maggior numero di giumenti avrà condotto, che non era permesso, o avrà meschiata altra acqua con quella dovutagli; in tutti questi casi la servitù pur non si perde, ma non si acquistano però maggiori diritti di servitù di quelli che furono pattuiti. Ciò è conforme al testo della legge *is cui via in princ. Concord.* e della leg. *si eo loco* § 1.° *si serv. vend.*, ove trovasi che se alcuno abbia usato di una strada o più larga o più stretta, conserva la servitù come quegli che ab-

Digitized by Google

gantur, quod diversitas in tempore diversificat in substantia: et sic facit reputari diversum. Idem si est diversitas in loco (1); *secus si differret secundum plus et minus: quia tunc non dicitur differre in substantia, nec diversum reputari: quod est utile ad multas quaestiones.*

VIII. *Prima est, si fiat inquisitio vel accusatio de crimine, tamquam commissio certo tempore vel loco, aut probetur de alio tempore vel loco, debet sequi absolutio: non enim est probatum crimen intentatum, sed aliud, et ideo de novo debet inquiri vel accusari* (2).

IX. *Secunda quaestio est, si egi actione injuriarum, quia percussisti me in facie cum pugno, et probatur de percussione in spatulis: quod non debeam obtinere etiam super probato, de quo vide not.* (3). *Sed istud fallit in tribus casibus notabilibus. Primo, quando locus vel tempus non esset variabilis, quia esset impossibile, quod sit nisi unum. Exemplum in homicidio cujusdam hominis: quia tunc licet non probetur locus vel tempus in accusatione deductus, sequi debet condemnatio ex quo locus vel tempus non alterat ipsum factum vel poenam* (4). *Secundo fallit, quando inquisitus fuisset confessus delictum* ut not. idem Angel. (5), *de quo vide etiam per Bald. qui videtur aliter dicere* (6). *Tertio fallit, quando in inquisitione est clausula, quae communiter per bonos latrunculatores solet apponi: videlicet super quibus omnibus et singulis procedere intendit simul et divisim, et omni meliori modo quo potest etc.* (7), *quod bene nota.*

X. *Tertia est quaestio, si formata est inquisitio vel accusatio cum effusione sanguinis, et probatum sit simplex vulnus, vel percussio, non debet sequi absolutio, sed condemnatio de simplici percussione: quia tunc est secundum plus et minus. Et idem tu dicas in simili quaestione. Item*

(1) *Ut not. in l. Pantonius, § rei perduellionis de acq. haered.* et habetur plene per Barthol. *ut l.*

bia usato dell'acqua della quale ha diritto d'usare, meschiata ad altra acqua. E questi testi si allegano, perchè la diversità nel tempo produce diversità nella sostanza e così fa che si reputi diverso l'obbietto. Lo stesso avviene se v'ha diversità nel luogo; ed altrimenti se vi sia differenza fra il più ed il meno; perchè allora non si dice esservi diversità nella sostanza e reputarsi diverso l'obbietto; lo che riesce di utilità in molte quistioni.

VIII. La prima è, quando sia fatta inquisizione ed accusa di un delitto, come perpetrato in un certo tempo e luogo, e resti provato un tempo e luogo diverso; in questo caso dev'esser pronunciata assoluzione; imperocchè non è provato il crimine riguardato, ma bensì un altro, e però si deve nuovamente inquisire ed accusare.

IX. La seconda quistione è questa: se io esercitai l'azione d'ingiuria, perchè mi hai percosso del pugno nel volto, e resti provata invece una percussione nelle spalle, non potrò conseguire l'effetto benchè vi sia pruova. Ma ciò non ha luogo in tre casi notabili. Primamente: quando il luogo ed il tempo non fosse mutabile, essendo impossibile che non fosse se non uno. L'omicidio di alcuno ne sia l'esempio; perchè sebbene non sia provato il luogo od il tempo dedotto in accusa, nondimeno dee pronunciarsi condanna per ciò che il luogo od il tempo non altera lo stesso fatto o la pena. In secondo luogo, quando l'inquisito avesse confessato il delitto, come nota Angelo, intorno a che vedi anche Baldo che sembra opinare diversamente. In terzo luogo, quando nella inquisizione vi fosse la clausola, che per ordinario viene opposta da'buoni giudici criminali; cioè, che sopra tutte le circostanze e sopra ciascuna intende procedere insieme e divisamente, e in ogni miglior maniera che sia possibile ec., locchè nota bene.

X. La terza quistione è questa: se fu istrutta inquisizione od accusa di spargimento di sangue e sia provata una semplice ferita o percussione, non si dee pronunciare assoluzione, ma condanna del semplice percuotimento; perchè in tal caso si tratta del più e del meno. Lo stesso dirai in que-

(4) *Ut not. sing. Ang. in d. l. denunciasse, § quid tamen de adult.*

Digitized by Google

si ad plura praedia non communia per eumdem rivum aqua ducatur, dicuntur plures servitutes, et si unus statuto tempore ad fundum suum aqua non duxerit, servitutem amittit: nec per caeteros qui duxerunt, servitus sua retinetur: quia, ut dixi, plures sunt servitutes: nec quod unus perdit, alteri accrescit (1): *quod intellige, quando utens fuisset usus sua die, secus si usus fuisset tum sua die, quam alia die, qua poterat alius ducere, quia tunc utens acquirit jus longo tempore,* secundum Paul. de Castr. (2), *et bene: secus si duceretur aqua ad unum praedium commune: quia unus ducendo retinet pro omnibus* (3). *Item si is qui habet haustum aquae, si per tempus statutum aquam non hausit, haustus servitutem amisit, ac etiam iter ad fontem perdit* (4). *Item si stillicidii immittendi jus habebam in aream tuam, et permisero tibi in ea aedificare, jus stillicidii immittendi amitto. Item si per tuum fundum via debebatur, et permisero tibi eo loco, per quem mihi via debebatur, quid facere, amitto jus viae* (5). *Item si una est via, et indivisibilis, aut tota amittitur, aut tota retinetur, sed si de una fiant duae, potest una amitti, et alia retineri, ut est casus not.* (6). *Item si locus, per quem mihi iter, vel actus, vel via debebatur, impetu fluminis occupatus esset, per statutum tempus non utendo jus amittitur, sed cessante impetu, et facta alluvione restituitur in pristinum statum* (7). *Item si via publica* (***) *vel impetu fluminis, vel ruina amissa est, vicinus proximus viam praestare debet* (8).

XI. *Quod si reperiatur alicubi via occupata, ita quod per eam transiri non possit, quod quis potest ire per fundum*

stioni consimili. Del pari se a parecchi fondi non comuni l'acqua sia condotta per uno stesso canale, si dice esservi parecchie servitù, e però se uno de' proprietarii non abbia condotta l'acqua al suo fondo nel tempo stabilito, perde la servitù; nè gli è conservata per opera degli altri che la condussero, perchè, come dissi, sono più servitù, nè ciò che uno perde va a crescimento dell' altro. Lo che però intendi così: quando l' utente avesse usato nel suo tempo soltanto, perchè sarebbe altrimenti se avesse usato così nel suo tempo come in uno diverso nel quale un altro avea diritto di condurre, poichè in tal caso l'utente acquista il diritto col lungo tempo, secondo Paolo Castrense, e giustamente. Diverso sarebbe lo effetto se l'acqua fosse condotta ad un fondo comune, perocchè se uno solo conduce conserva per tutti. Del pari se quegli che ha facoltà di attinger acqua, non attinse pel tempo stabilito, perde la servitù dello attingere ed eziandio il passaggio per alla fontana. Parimente se io aveva la servitù di porre lo stillicidio nell' area tua ed avrò permesso che tu fabbrichi in essa, avrò perduto il diritto d' introdurre lo stillicidio. Così pure se io avessi la strada pel tuo fondo, ed avrò permesso che tu faccia alcunchè nel luogo ove essa mi si doveva, avrò perduto il diritto. Parimente se v'ha una sola strada ed indivisibile, o tutta si perde o tutta si conserva, ma se di una se ne formano due, si può perdere l' una e conservar l'altra. Parimente se il luogo sul quale io avea diritto di passaggio, o di condotta o di strada, fosse invaso dall' impeto della fiumana, io perdo il diritto se non l' uso nel tempo stabilito, ma cessato l' impeto ed accaduta l' alluvione, sono restituito nella condizione di prima (***). Del pari se la pubblica via è distrutta o dall' impeto dell' acqua, o per franamento, il prossimo vicino dee prestare la strada.

XI. Che se la strada si trovasse impedita in qualche parte, così che non si potesse passare per essa, ciascuno può andare pel

Digitized by Google

dare viam aliquo pretio constituto a fisco, vel deputato: sed non servatur secundum gloss. (1), *et verum dicit, quod non servatur, quod intellige in via publica: sed in privata debet praestari pretium a privato eam petente* (2), *quod tene menti perpetuo, quia quotidianum.*

(1) *In d. l. si locus, in fin.*

(*) *Per praescript.* Quomodo jus servitutis acquiratur per praescriptionem, et quanto tempore, vide Alex. *in* 1. *vol. cons.* 113. *per totum et vid. in* 3. *volum. cons.* 46. *in ult. col. in fin.* et an praescriptio impediatur currere propter pestem vel guerram, *vide Corn. in* 4. *vol. cons.* 92.

(**) *Contra ignor.* Quod praescriptio currat contra ignorantes, vide Alex. *in volum. cons.* 71. *in* 1. *volum. et in* 2. *volum. cons.* 170. *in* 4. *col.* et an ignorantia juris causet bonam fidem probabilem ad praescriptionem, *vide Corn. in* 2. *vol.* 147.

(***) *Via publica.* Quomodo intelligatur verbum, juxta vias publicas, vide Alex. *in* 4. *vol. cons.* 73. *in* 1. *col.* § *fin. et quasi per totum consil.*

vilmente ed il vicino avrà dovere di conceder la strada per alcun prezzo stabilito dal fisco o giudicato; ma ciò non s'osserva, secondo la glossa, che dice il vero; locchè intendi avvenire circa la via pubblica, ma nella privata il prezzo dev' essere sborsato dal privato che la dimanda; il che ricorda perpetuamente, perchè accade ogni giorno.

(2) *Per l. si quis sepulchrum de relig. et sump. fun. secundum Paul. de Castr. in d.* § *fin.*

(*) *Per la prescrizione.* In qual modo il diritto di servitù s'acquisti colla prescrizione ed in quanto tempo, vedi Alessandro *vol.* 1, *cons.* 113 *intero, e vol.* 3, *cons.* 46, *col. ult. in fin.*, e se il decorso della prescrizione sia impedito per guerra o peste, *vedi Corneo, vol.* 4, *cons.* 92.

(**) *Contro l' ignorante.* Che prescrizione decorra contro gl'ignoranti, vedi Alessandro, *vol., cons.* 71, *col.* 1, *e vol.* 2, *cons.* 170, *col.* 4; e se l'ignoranza di diritto cagioni la buona fede probabile per la prescrizione, *vedi Corneo, vol.* 2, *cons.* 147.

(***) *Pubblica via.* In qual modo s'intendano le parole lungo la via pubblica, vedi Alessandro, *vol.* 4, *cons.* 73, *col.* 1, § *fin. e quasi in tutto il consiglio.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XXIV.

(*a*) Vengo ora ai modi di perdere le servitù prediali.

Distinguo prima di tutto la cessazione temporanea, ossia la interruzione, dalla cessazione perpetua, ossia estinzione di esse.

I. Per l'art. 703 del Codice Napoleone, esse s' interrompono quando le cose si trovano in istato tale da non potersene più far uso.

E pel § 525 del Codice austriaco s' interrompono, quando il fondo dominante od il serviente periscano.

Per l' art. 704 del primo di que' Codici, tornano ad aver luogo quando le cose sieno ristabilite in modo da poterne usare.

E pel § 525 del secondo, se il fondo o l' edifizio è restituito allo stato primiero riacquistano il precedente loro vigore.

Ma secondo il Codice Napoleone, tornano col ristabilimento delle cose ad aver luogo, quando la interruzione ossia il non uso, abbia durato tanto tempo da far presumere la servitù prescritta secondo l' art. 707.

Il Codice austriaco nulla dice su ciò. Ma sembrami che ciò dovrebbe sottintendersi. Però e per l' uno e per l' altro Codice con una distinzione.

Distinguo cioè il caso in cui sia possibile far cessare la interruzione col ristabilimento delle cose, dal caso in cui ciò non sia possibile.

Nel primo caso non ristabilite le cose per tutto il tempo della prescrizione, la servitù è prescritta, nè torna a rivivere.

Nel secondo non è prescritta quand' anche la interruzione avesse durato per tutto il tempo della prescrizione ed oltre. La servitù in questo caso torna in qualunque tempo a rivivere.

Mi sieno permessi alcuni esempii e del primo e del secondo caso.

Nel primo caso. Io ho p. e. la servitù affermativa di appoggiare il mio edifizio all' edifizio altrui.

Crolla od è demolito il mio edifizio, e per conseguenza la mia servitù è interrotta.

Ma la interruzione può essere fatta cessare perchè è possibile ristabilire quell' edifizio.

O l' obbligo del ristabilimento dell' edifizio tocca a me, ed io deggio ristabilirlo se voglio far cessare la interruzione della mia servitù.

Digitized by Google

O l' obbligo del ristabilimento tocca ad altri e non a me, ed io deggio e posso astringere quegli altri a ristabilirlo, se voglio che la mia servitù non sia più interrotta.

In ambi i casi se voglio col ristabilimento del mio edifizio far cessare l' interrompimento della mia servitù io deggio agire.

Se non agisco per tutto il tempo della prescrizione mentre io doveva e poteva agire, mia n' è la colpa. Se mi viene opposta la prescrizione della mia servitù pel non uso, essa è prescritta, perchè soltanto *contra agere non valentem non currit praescriptio.*

Ancora nel primo caso. Io p. e. ho la servitù negativa d' impedire che l' altrui casa venga portata oltre ad una data altezza.

Crolla od è demolita quella casa. La mia servitù è interrotta.

Ma la casa può essere ristabilita e la interruzione della mia servitù può essere fatta cessare.

Può essere fatta cessare col ristabilire io quella casa se l' obbligo del ristabilimento tocca a me.

Può essere fatta cessare coll' astringere io altri a ristabilirla, se l' obbligo incombe ad altri.

Io in somma e nell' uno e nell' altro caso posso e deggio agire per quel ristabilimento.

Se non agisco durante tutto il tempo della prescrizione, io mi sono posto per mio fatto, per mia colpa fuori di stato di usare della mia servitù facendone cessare la interruzione.

Se mi viene opposta la prescrizione di quella servitù, essa è prescritta, perchè io poteva e doveva agire per impedire quella prescrizione la quale decorre contro chi non è nella impossibilità di agire.

Nel terzo caso. Io p. e. ho la servitù di attingere acqua alla sorgente del fondo altrui.

Quella sorgente per naturale evento si dissecca. La mia servitù è interrotta.

Mi è impossibile agire, onde far rinascere la sorgente, e far cessare così la interruzione della servitù.

Se mi è impossibile agire, la mia servitù non è prescritta anche se decorra tutto il tempo della prescrizione, perchè qui è applicabile il principio, *contra agere non valentem non currit praescriptio.*

E se non è prescritta ne viene, che rinascendo in qualunque tempo la sorgente nello stesso modo com' è cessata, la mia servitù interrotta prima torna a rivivere.

Se la mia distinzione è giusta non potrebbe applicarsi a tutti i casi e quindi non sarebbe esatto, perchè troppo generale il principio dell' art. 553 del Codice civile di Parma pel quale le servitù interrotte, tornano per lo ristabilimento delle cose, malgrado qualunque decorso di tempo, a rivivere.

Per quel principio, qualunque servitù interrotta non sarebbe mai soggetta ad essere prescritta.

Ma perchè non dee essere a mio danno prescritta dopo il decorso p. e. di 50, 100, o più anni, una servitù della quale i miei autori ed io avremmo potuto far cessare la interruzione, e che rimase per sola nostra negligenza, per nostra colpa interrotta?

II. Le servitù prediali si estinguono totalmente,

1.° per abbandono del fondo o della cosa soggetta alla servitù per parte del proprietario serviente, e per remissione ossia rinuncia per parte del proprietario dominante;

2.° per confusione ossia consolidazione;

3.° per espropriazione forzata in causa di pubblica utilità;

4.° per prescrizione (propriamente detta, ossia estintiva);

5.° per risoluzione del diritto di coloro che le hanno stabilite e di coloro a cui vantaggio furono stabilite.

Digitized by Google

Mette il caso in termini. La servitù prediale del passaggio su un fondo è esercibile ed è esercitata soltanto su un dato sentiero. Dovrà essere abbandonato tutto il fondo, ovvero quel solo sentiero, parte del fondo specialmente aggravato dalla servitù.

Per l'art. 699 del Codice Napoleone il proprietario serviente fa l'abbandono per liberarsi dall'obbligo quando gl'incombe delle spese necessarie per l'uso e per la conservazione della servitù, e per porle a carico del proprietario dominante al quale non incomberebbero.

Quest'ultimo sembra che se aver dee il loro aggravio debba d'altro lato avere anche un vantaggio.

Ma se gli viene abbandonata quella sola parte del fondo sulla quale esercita specialmente e soltanto la propria servitù, ha l'aggravio delle spese senza avere d'altro lato nessun vantaggio. Infatti gli viene abbandonato nè più nè meno di ciò che già possiede e di cui gode.

D'altronde la legge parla in generale di fondo serviente.

Sembra dunque che tutto il fondo e non una parte soltanto esser debba oggetto dell'abbandono.

Ma non è per avventura duro ed ingiusto che avendo io la libertà dell'abbandono debba poi per liberarmi da piccole spese annesse all'uso ed alla conservazione della servitù ad altri spettante, abbandonargli un fondo di valore per ordinario ben molto maggiore?

Non è cioè duro ed ingiusto che per liberarmi p. e. dall'annua spesa di 10 lire causatami dal conservare altrui il passaggio su una linea determinata del mio fondo, io debba abbandonargli tutto quel fondo che mi dà un reddito annuo di 100 lire?

Ma io non sono già obbligato all'abbandono. Sta invece in mia libertà di abbandonare o no. Se l'abbandono mi arreca pregiudizio posso ommettere di farlo. E se volontariamente mi vi assoggetto, non havvi nè durezza nè ingiustizia della quale possa a buon dritto lagnarmi.

Pel testo tedesco del § 483 del Codice austriaco ha la facoltà dell'abbandono il proprietario della cosa destinata alla servitù. Perchè possa abbandonarla, fa d'uopo poi che ne faccia anch'egli uso e che debba per conseguenza sopportare una parte proporzionata delle necessarie spese.

Come vedesi, quel § non parla già di abbandono del fondo, sì bene ed invece della cosa destinata alla servitù.

Non potrebbe dirsi che nel passaggio per un solo dato sentiero del mio fondo, la cosa destinata alla servitù sia veramente quel solo sentiero, e non tutto il fondo?

Non potrebbe dunque dirsi che l'abbandono cader debba non su tutto il fondo, ma sul solo sentiero, cosa destinata alla servitù?

Non potrebbe dirsi che avendo luogo abbandono solo quando chi ha l'obbligo della servitù usi della cosa ad essa destinata congiuntamente a chi ne ha il diritto, siccome gli aventi il diritto e l'obbligo fanno uso comune del solo sentiero e non di tutto il fondo, la cosa d'abbandonarsi esser debba quel solo sentiero e non tutto quel fondo?

Non potrebbe finalmente dirsi che facendo il proprietario serviente abbandono, per liberarsi dalle spese di conservazione della servitù, siccome quelle spese riguardano il solo sentiero e non tutto il fondo, quello e non questo riguardar debba l'abbandono?

Assoggetto ai miei lettori queste riflessioni.

Ciò intorno all'abbandono per parte del proprietario del fondo serviente.

Vengo ora alla remissione o rinuncia per parte del proprietario del fondo dominante.

La sola rinuncia di questo a favore di quello estingue la servitù prediale.

Digitized by Google

Ma pel § 1444 diritti ed obblighi si estinguono colla rinuncia del creditore a favore del debitore.

Dunque con essa si estingue anche la servitù prediale, ch' è un diritto del fondo dominante e rispettivamente del suo proprietario, contrapposto ad un obbligo del fondo serviente e rispettivamente del proprietario di questo.

Pel suddetto § 1444 del Codice austriaco chi può alienare può rinunciare.

Dunque soltanto chi può alienare può rinunciare ad una servitù prediale a vantaggio del suo fondo costituita.

Lo stesso dee dirsi anche pel Codice Napoleone, giacchè la rinuncia è una alienazione.

La rinuncia può essere espressa o tacita.

È tacita quando concorrano circostanze e fatti tali da escludere su essa ogni ragionevole motivo di dubbio.

P. e. Ho tollerato che il proprietario di un bosco sul quale ho la servitù attiva di tagliar legne lo estirpi e lo converta in terreno arativo. Questa tolleranza sarà una rinuncia tacita alla mia servitù?

Da sè sola non mi sembra.

Infatti. Fino a che non sia trascorso tutto il tempo della prescrizione della servitù, ho il diritto di farla rivivere, facendo restituire le cose allo stato primiero, facendo cioè che il proprietario del terreno arativo lo riduca di nuovo a bosco.

Se anche non faccio uso di quel mio diritto per alcun tempo prima che la prescrizione si compia, mi è libero di usarne nel tempo rimanente fino a che quella prescrizione non sia compiuta.

E se mi è libero d' usarne fino a che la prescrizione non sia compiuta, il mio non uso, la semplice mia tolleranza per alcun tempo prima che la prescrizione si compia, ove altro non vi abbia, non mi sembra fatto tale che debba far ritenere tacitamente rinunciata la mia servitù.

In questo caso pel mio semplice non uso, per quella mia tolleranza, la servitù sarà interrotta, ma non tacitamente rinunciata.

Invece, non solo ho tollerato che il bosco fosse convertito in terreno arativo, ma ho anche ricevuto in appresso per quel terreno un annuo canone o in grani od in danaro.

Il fatto di quel ricevimento aggiunto al fatto della mia tolleranza è tale da far ritenere che io abbia rinunciato alla servitù di tagliar legne.

Ricevendo il canone ho tacitamente rinunciato al taglio di quelle legne, alla mia servitù.

Se finalmente avessi tollerato fino a che fosse trascorso tutto il tempo della prescrizione l' estirpamento del bosco senza agire per farlo rimettere nello stato primiero, allora avrei tacitamente rinunciato alla mia servitù non solo, ma quella servitù si sarebbe estinta per prescrizione.

La rinuncia alla servitù, a favore del proprietario del fondo serviente può essere fatta per atto fra vivi e per disposizione di ultima volontà.

Può essere fatta a titolo oneroso o gratuito. In quest' ultimo caso è donazione.

La rinuncia, come ho detto, è una vera alienazione. Chi può alienare può rinunciare. Chi per qualsivoglia motivo non può alienare non può rinunciare.

Da qui le seguenti domande.

Un erede apparente, o un altro possessore di buona fede ponno o no validamente rinunciare ad una servitù prediale stabilita a vantaggio del fondo da essi posseduto?

Il vero erede, il vero proprietario ponno o no far dichiarare invalida la rinuncia, non estinta la servitù?

Esamino la quistione secondo la legge austriaca ed italiana.

E prima di tutto distinguo:

O l' erede apparente, il possessore di buona fede acquistarono essi a vantaggio del fondo posseduto la servitù prediale durante il loro possesso, o la servitù era già acquistata al fondo prima di quel possesso.

Se l' acquistarono durante il loro possesso di buona fede, ne sono veramente proprietarii. Come proprietarii ponno disporne. Come l' hanno acquistata possono rinunciarvi.

E rinunciandovi non ledono alcun diritto del vero erede, del vero proprietario che deggia essere rispettato.

Quando l'erede apparente, il possessore di buona fede andarono al possesso del fondo,

Digitized by Google

questo non aveva il vantaggio della servitù. Essi soli glielo hanno arrecato. Se il vero erede, il vero proprietario rivendicano quel fondo, il vantaggio della servitù non può ad essi spettare.

Rivendicano il fondo come loro proprietà; non la servitù ch' è proprietà altrui.

E con quale diritto rivendicar vorrebbero quella cosa di altri, per arricchirsi ad altrui spese?

Forse perchè quella servitù è un accessorio, una pertinenza che seguir dee il loro fondo, come principale?

Quella servitù non è nè l' una nè l' altra cosa. È un apposito diritto reale stabilito a vantaggio di quel fondo dall'erede apparente, dal possessore di buona fede, i quali possono torglielo, facendone rinunzia al proprietario del fondo che n' è aggravato.

Forse perch' essendo un diritto reale a vantaggio del fondo dominante senza riguardo a persone, seguir dee quel fondo e non può quindi essere a danno di esso rinunciato?

Ma così si pianterebbe l' erroneo principio che, stabilita una volta una servitù, essa non possa giammai, da nessuno, essere rinunciata.

Ma così si distruggerebbe quel modo di estinzione delle servitù che per la legge austriaca ed italiana deriva dalla rinuncia di esse al proprietario del fondo serviente.

Credo dunque che per ambe quelle leggi l' erede apparente o qualunque altro possessore di buona fede possano validamente rinunciare al proprietario del fondo serviente una servitù prediale da essi a vantaggio del fondo posseduto stabilita.

Credo per conseguenza che il vero erede, il vero proprietario di quest' ultimo fondo non possano sostenere invalida quella rinuncia, non estinta per essa quella servitù.

Ma se invece la servitù prediale avesse già esistito a vantaggio del fondo dominante, prima che l'erede apparente, il possessore di buona fede fossero andati al possesso di esso, in questo diverso caso ecco la mia opinione secondo le due leggi civili italiana ed austriaca.

Nel Codice Napoleone non trovo eccezioni ai due noti principii di diritto, che nessuno può trasferire in altri diritti maggiori di quelli ch' egli abbia e che estinto il diritto di chi dà si estingue per conseguenza anche il diritto di chi riceve.

L' erede apparente o qualunque altro possessore di buona fede non sono per quel Codice proprietarii della servitù prediale già costituita a vantaggio del fondo altrui da essi posseduto, prima che ne fossero andati al possesso.

Se non sono proprietarii non ponno alienarla a danno del vero proprietario, del vero erede cui spetta, perchè nessuno trasferisce in altri diritti ch' egli stesso non abbia.

Se non ponno alienarla non ponno nemmeno rinunciarvi a favore del proprietario del fondo serviente.

E se vi hanno rinunciato, mentre non potevano rinunciarvi, invalida è la loro rinuncia in confronto del vero proprietario, del vero erede.

È invalida anche se fatta ad un proprietario del fondo serviente che l' avesse accettata in buona fede, che avesse così in buona fede ottenuto la liberazione di quel fondo dalla servitù che lo aggravava e fosse quindi possessore di buona fede del diritto di riguardare il proprio fondo liberato da essa.

A favore di quest' ultimo possessore di buona fede il Cod. Napoleone non fa eccezioni.

Egli fu mediante la rinuncia liberato dall' obbligo della servitù dall' erede apparente o da altro possessore di buona fede che non potevano liberarnelo.

Questi trasfusero in esso un diritto che loro non ispettava. Egli non può far pretensione contro il vero erede, il vero proprietario a quel diritto.

Rinunciarono a favore di lui ad una servitù cui non potevano rinunciare.

Esso non può sostenere dunque valida la rinuncia in confronto al vero erede, al vero proprietario.

D'altronde insorgendo questo vero erede, questo vero proprietario, cessa ogni diritto

Digitized by Google

Dunque, malgrado la rinuncia, ponno farla dichiarare esistente anche contro chi avesse in buona fede accettato quella rinuncia, anche contro chi per tal modo avesse dell' erede apparente o da altro possessore di buona fede accettata la liberazione del proprio fondo da quella servitù.

Quali valide eccezioni poi opporre potrebbe alla domanda tendente a rivendicare e a far dichiarare esistente la servitù, chi in buona fede ne avesse accettato la rinuncia dall' erede apparente o da altro possessore di buona fede?

A mio parere nessuna.

Anche contro esso starebbero i principii: *Nemo plus juris in alterum transferre potest quam ipse habet. — Resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum.*

Venendo rivendicata la servitù il suo stato di buona fede lo libererebbe bensì per l' art. 549 del Codice Napoleone dall'obbligo di restituire, al vero erede, al vero proprietario i percepiti frutti, quando la servitù fosse una di quelle che danno frutti, come p. e. quella di tagliar legne, di rammassare rami ecc.

Gli darebbe il diritto per l' art. 555 di essere compensato delle spese se ne potesse avere incontrato.

Ma in nessun caso gli darebbe il diritto di togliere al vero proprietario, al vero erede la facoltà di rivendicare la cosa loro, vale a dire, la servitù prediale ad essi spettante.

L' illustre Troplong nel suo trattato delle ipoteche al § 468 ha esaminato in generale secondo la legge francese la quistione, se presentandosi il vero erede sia valida l' alienazione fatta a di lui danno dall' erede apparente.

Ha conchiuso essere essa invalida.

Ed io conchiudo, per le ragioni da lui addotte, essere invalida in particolare presentandosi il vero erede anche l' alienazione ossia la rinuncia fatta dall' erede apparente di una servitù prediale già costituita a vantaggio di un fondo della eredità prima che quest' ultimo ne andasse al possesso.

E per la stessa, se non per maggiore ragione, conchiudo essere invalida anche la rinuncia fatta in condizioni simili da qualunque altro possessore di buona fede, a danno del vero proprietario.

I principii che nessuno possa trasferire in altri diritti maggiori di quelli ch' egli abbia, e che cessato il diritto di chi dà, cessa il diritto di chi riceve, sono deposti anche nel Codice civile austriaco.

I §§ 442, 1138 di esso ne danno la prova.

Non trovo poi per quel Codice applicabili i suddetti principii in tutti i casi di alienazioni fatte da eredi apparenti.

Bensì mi sembrano applicabili in tutti i casi di alienazioni fatte da possessori di buona fede che non sieno eredi apparenti.

In regola pel § 823 il vero erede può rivendicare contro chiunque le cose singole della eredità alienate dall' erede apparente.

Dunque può rivendicare da qualunque possessore anche una servitù prediale spettante alla eredità, perchè costituita a vantaggio di un fondo di essa, prima che l' erede apparente ne fosse andato al possesso.

E se così può rivendicarla, vale a dire se può farla dichiarare esistente, par chiaro non essere essa in regola estinta per la rinuncia che l' erede apparente ne avesse fatto al proprietario del fondo serviente.

Par quindi chiaro essere pure in regola invalida quella rinuncia, appunto perchè l' erede apparente non potea rinunciare a ciò che non gli spettava, e perchè coll' apparire del vero erede, ogni diritto dell' erede apparente e rinunziante andando a cessare, dee cessare ogni diritto anche di qualunque rinunciatario.

Ciò in regola.

Ma il successivo § 824 porta a questa regola la seguente eccezione.

Digitized by Google

vantaggio di un fondo di essa, prima che il suddetto erede apparente ne fosse andato al possesso, non è responsabile verso nessuno.

E se non è responsabile verso nessuno, il vero erede non può contro di esso rivendicare la servitù prediale, non può cioè farla dichiarare esistente e non estinta mediante la rinuncia, fattane dall' erede apparente.

E se ciò non può fare, quella rinuncia non è invalida.

Per la ragione dei contrarii è però invalida in tutti i casi nei quali quel terzo avesse in mala fede acquistato mediante rinuncia dell' erede apparente la liberazione del suo fondo dall' obbligo della servitù.

Il rigore dei principii deposti nei §§ 442, 1138 del Codice austriaco mi sembra però applicabile in tutti i casi di alienazioni fatte da possessori anche di buona fede che non sieno eredi apparenti.

Il possessore di buona fede, pel § 330, fa suoi i frutti separati e gli utili percepiti durante il tempo del pacifico suo possesso.

Ha diritto nei casi contemplati dai §§ 331, 332 anche alle spese.

Pel § 329 può usare ad arbitrio della cosa posseduta, può consumarla e distruggerla senza responsabilità.

Ma da tutto ciò non ne viene che possa anche alienarla.

Che non possa alienarla risulta dal confronto fra i diritti del vero proprietario stabiliti nel § 362 e quelli del semplice possessore di buona fede stabiliti nel suddetto § 329.

Il primo cioè può usare o non usare a piacimento della cosa sua e distruggerla.

Ma non basta. Può anche trasferirla in tutto od in parte in altri o rinunciarvi pienamente, cioè abbandonarla.

Il secondo può egualmente usare ad arbitrio della cosa che possiede, consumarla ed anche distruggerla senza responsabilità.

Ma il § 329 non dice che possa anche trasferirla in altri o rinunciarvi.

Se nol dice, non può dunque farlo.

Dunque chi possiede in buona fede una servitù prediale costituita a vantaggio di un fondo altrui prima ch' egli ne sia andato al possesso, non può rinunciarla al proprietario del fondo serviente. E se ne fa rinuncia, questa rinuncia non è valida e non estingue la servitù prediale a danno del vero proprietario.

Ciò pei suddetti principii, che nessuno trasferisce in altri diritti ch' egli stesso non abbia, e che estinto il diritto di chi dà si estingue il diritto di chi riceve.

Quella rinuncia non è valida e non estingue la servitù nemmeno quando il proprietario del fondo serviente l' avesse in buona fede accettata.

Pel § 366 del Codice austriaco il proprietario può rivendicare la cosa sua da qualunque detentore.

Dunque può rivendicare una servitù prediale che gli spetti, anche dal terzo possessore, che in buona fede ne avesse ottenuto mediante rinuncia la liberazione da altro possessore di buona fede.

Quel terzo possessore proprietario del fondo serviente non potrebbe, appoggiandosi alla sua buona fede, sostener valida la rinuncia, tentando di trarre partito dal § 824 del Codice civile.

Non potrebbe farlo perchè quel § è applicabile al solo caso dell' erede apparente.

È una legge di eccezione che non può estendersi a casi da essa espressamente non contemplati.

Non troverei poi nel Codice civile altre eccezioni che fossero, nel caso del quale mi occupo, applicabili a favore di quel terzo possessore di buona fede.

Digitized by Google

egli ne fosse andato al possesso, non può validamente rinunciarvi e che, se vi ha rinunciato, la servitù non rimane estinta a favore del proprietario del fondo serviente, nemmeno quando quest'ultimo avesse accettato in buona fede la rinuncia e così la liberazione del suddetto suo fondo dalla servitù.

2.° Le servitù prediali si estinguono totalmente per confusione ossia consolidazione.

Dice l' art. 703 del Codice Napoleone estinguersi esse riunendosi in una sola persona la proprietà del fondo dominante e del serviente.

E dice il § 526 del Codice austriaco cessar esse quando la proprietà del fondo serviente e del dominante si riuniscano in una sola persona.

La seconda parte di questo §, che presuppone la esistenza dei pubblici libri per l' acquisizione eziandio del diritto reale di servitù su immobili, non è applicabile nel nostro regno, nel quale quei libri non esistono.

La estinzione per consolidazione delle servitù prediali deriva dal principio che divenendo la stessa persona proprietaria dei due fondi dominante e serviente, non vi può essere fra essi più servitù, perchè *res sua nemini servit.*

Quello ch' era uso a titolo di servitù quando i due fondi dominante e serviente appartenevano a due diversi proprietarii, diventa uso a titolo di proprietà e non di servitù quando i due fondi appartengano ad un solo proprietario.

Ambedue i Codici dicono che per operare la estinzione di una servitù prediale per consolidazione la proprietà dei due fondi dominante e serviente dee riunirsi.

Come dee intendersi questa disposizione ?

È certo che riunendosi nel proprietario del fondo dominante la proprietà di tutto il fondo serviente, e viceversa, la servitù si estingue del tutto per consolidazione.

In questo caso non havvi parte del fondo dominante che possa esercitarla, nè parte del fondo serviente che debba più soffrirla.

Ma se p. e. nel proprietario del fondo dominante si riunisce una parte sola del fondo serviente, come si estinguerà la servitù prediale ?

O quella servitù è limitata soltanto alla parte riunita, ed allora si estinguerà del tutto.

P. e. Il proprietario di una casa ha il diritto d' immettere una trave soltanto nel muro del secondo appartamento di una casa altrui. Acquista con quel secondo appartamento il suddetto muro. La servitù è totalmente estinta per consolidazione.

O invece la servitù è estesa a tutto il fondo serviente, ed allora si estinguerà nella parte riunita e continuerà a sussistere nella non riunita.

P. e. Il mio terreno ha la servitù attiva di tagliar legne in tutto un bosco altrui.

Acquisto una porzione soltanto di quel bosco.

La servitù sarà estinta per consolidazione nella porzione acquistata e sussisterà nella non acquistata.

Si estinguerà in concreto quando io abbia acquistato una parte fisica e determinata del bosco.

Si estinguerà in astratto quando ne abbia acquistato soltanto una parte ideale (un terzo, un quarto) non fisicamente determinato.

Perchè si estingua in questo ultimo caso anche in concreto fa d' uopo che la parte ideale da me acquistata divenga fisicamente determinata mediante la divisione, la escorporazione materiale della parte venduta dalla non venduta.

Quando poi nel proprietario del fondo serviente si riunisca la proprietà di una parte sola del fondo dominante, o la servitù spetta a quella sola parte, o spetta a tutto il fondo

Digitized by Google

Essi acquistano il fondo serviente, o in comune con o senza assegnamento di parti ideali, ovvero ognuno per una parte fisica e determinata di esso.

Potrà o no dirsi che vi abbiano così due persone nelle quali si sia riunita in uno di quei modi la proprietà del fondo serviente e quella del fondo dominante?

E dacchè per legge la riunione onde operare la estinzione della servitù per consolidazione dee aver luogo in una sola persona, potrà o no in generale aver luogo nel nostro caso quella estinzione?

Potrà o no aver luogo in particolare?

Osservo prima di tutto, che nel caso concreto vi hanno due fondi dominanti, due diversi proprietarii di ognuno di essi, e due diverse servitù.

È vero che per ambedue quelle servitù havvi un solo ed identico fondo serviente.

Ma è anche vero che ognuno dei due fondi dominanti e dei due proprietarii di essi ha a fronte per la servitù che gli spetta il suo fondo serviente. Vale a dire lo stesso fondo è fondo serviente per l' uno e per l' altro dei due proprietarii dei fondi dominanti, per l' una e per l' altra delle due servitù. Ora se ognuno dei due proprietarii dei due fondi dominanti acquista anche in comune coll' altro il fondo che serve ad ognuna delle due separate e diverse servitù, ognuno di essi per riguardo alla propria servitù riunisce in sè la proprietà del suo fondo dominante e del suo fondo serviente. La riunione ha quindi luogo in una sola persona per ognuna delle due servitù. E se ha luogo così in una sola persona, nulla da questo lato ed in generale osta, che possa aver luogo estinzione di servitù per consolidazione.

Essa poi avrà o non avrà luogo in particolare secondo la diversità dei casi.

Se ognuno di quei due proprietarii dei due fondi dominanti ha acquistato una parte fisicamente determinata del fondo che soffre ambedue le servitù (p. e. dal tal punto al tal punto di un bosco) ovvero una parte soltanto intellettuale di esso (p. e. una delle due metà di quel bosco) parte che non sia ancor stabilito qual debba essere fisicamente, allora parmi che ognuno di essi estingua per consolidazione la propria servitù sulla parte del fondo serviente che ha acquistato. La estingue perchè ha riunito la proprietà del suo fondo dominante a quella parte acquistata del fondo serviente.

Ognuno di quei due proprietarii non estingue però per consolidazione la propria servitù cadente sulla parte del fondo serviente che l' altro ha acquistato, perchè non ha riunito il proprio fondo dominante a quella parte del fondo serviente.

La cosa non mi sembra soggiacere a dubbio quando ognuno dei due proprietarii dei due fondi dominanti abbia acquistato una parte fisicamente determinata del fondo serviente.

Ma non dovrebbe soggiacere a dubbio, nemmeno se avesse acquistato una semplice parte ideale non fisicamente determinata del suddetto fondo.

La servitù è estinta per consolidazione in astratto fino a che la parte che ha acquistato resti intellettuale.

Si estingue in concreto quando la parte intellettuale si tramuti mediante la materiale divisione in parte fisicamente determinata.

Che se ognuno poi di quei due proprietarii dei due fondi dominanti ha acquistato in comune e senza assegnamento di parti ideali l' intiero fondo serviente, allora fino a che dura quella comunione parmi giusto che la servitù che ognuno di essi esercita sul fondo serviente divenuto in tal modo fra essi comune, non debba estinguersi per consolidazione.

Ciò parmi giusto perchè la servitù che ognuno di essi esercita sul fondo serviente divenuto in quel modo comune è un diritto individuale e non comune di ognuno di essi su quel fondo, diritto individuale che non può essere tolto dalla comunione. Tale comunione riguarda in fatti la proprietà, i diritti di proprietà, non le servitù, i diritti di servitù.

D' altronde venendo in seguito divisa quella comunione ed assegnata venendo ad ognuno dei due proprietarii dei due fondi dominanti una parte fisica e determinata del fondo serviente, non sarebbe giusto che fosse estinta per consolidazione la servitù spettante ad uno di essi anche sulla parte del fondo serviente, che non ad esso ma al proprietario dell' altro fondo dominante fosse toccata in sorte.

Eppure sarebbe estinta e come estinta non potrebbe più rivivere se ammettere si volesse che l' acquisto, nel suddetto modo, comune di tutto il fondo serviente ne avesse in origine prodotto la totale estinzione per la consolidazione della proprietà dei fondi dominanti con quella del fondo serviente.

Digitized by Google

Vengo ora ad altro esempio.

Due proprietarii di un fondo in comune con o senza assegnamento di parti ideali esercitano insieme su tutto un fondo altrui una sola ed identica servitù.

Acquistano il fondo serviente o in comune senz'assegnamento di parti ideali, o in comune con quell'assegnamento, ovvero ognuno per una parte fisicamente determinata di esso.

Que' due proprietarii del fondo dominante deggiono considerarsi come due persone ovvero come una persona sola?

Acquistando essi, come ho detto, il fondo serviente, la proprietà di esso si riunisce con quella del fondo dominante in una sola ovvero in due persone?

Per questa riunione si estingue o no la servitù prediale per consolidazione?

Parmi che quei due proprietarii del fondo dominante in comune con o senz' assegnamento di parti ideali, in faccia al fondo serviente su tutto il quale esercitano insieme una sola ed identica servitù, debbano essere considerati come una sola persona, mentre uno in confronto dell' altro sono due persone.

Ora se in faccia al fondo serviente sono considerati come una sola persona, pare che acquistando essi, come ho detto, il fondo serviente, la riunione di questo e del fondo dominante abbia luogo in una sola persona. E se ha luogo in una sola persona, nulla osta da questo lato che la servitù si estingua per consolidazione.

Si estingue poi, a parer mio, e quando la proprietà del fondo dominante spetta ai due proprietarii di esso in comune senz'assegnamento di parti ideali, e quando loro spetta in comune con quell' assegnamento.

Nel primo caso. Ognuno dei proprietarii del fondo dominante in comune senz' assegnamento di parti ideali è proprietario di tutto quel fondo e di ogni parte di esso.

Non havvi cioè parte del fondo dominante di cui ognuno di essi non sia proprietario.

Se non havvi poi parte del fondo dominante di cui ognuno di essi non sia proprietario, sembra che acquistando essi o in comune senz' assegnamento di parti ideali, o in comune con quell' assegnamento od infine ognuno per una parte fisicamente determinata il fondo serviente sul quale esercitano insieme una sola ed identica servitù, la proprietà di questo fondo serviente si riunisca sempre con qualche parte della proprietà ad ognuno di essi spettante di tutto il fondo dominante. Sembra dunque che abbia sempre luogo riunione della proprietà del fondo serviente e del dominante. E se ha sempre luogo quella riunione, sembra pure che per essa la servitù prediale stabilita fra quei due fondi si estingua. E se si estingue, si estingue appunto per consolidazione.

Nel secondo caso. Ognuno dei proprietarii del fondo dominante in comune con assegnamento di parti ideali è proprietario della sua porzione ideale.

Se ognuno di essi è proprietario della sua porzione ideale, sembra che acquistando ambedue o in comune senz' assegnamento di parti ideali, o in comune con quell' assegnamento, o finalmente ognuno per una parte fisicamente determinata il fondo serviente su tutto il quale esercitano insieme una sola ed identica servitù, la proprietà di quel fondo serviente si riunisca sempre o in tutto o in parte con ognuna delle porzioni ideali del fondo dominante spettante a ciascuno dei due proprietarii di esso. E se così la proprietà del fondo serviente si riunisce e con l' una e coll' altra delle porzioni ideali del fondo dominante, sembra che la servitù prediale esistente fra ognuna di quelle porzioni ideali del fondo dominante e la totalità ovvero una parte del fondo serviente debba estinguersi per quella riunione ossia consolidazione.

Mi permetto un terzo esempio.

Il proprietario di un fondo serviente lo lascia in eredità al proprietario del fondo dominante. Questo si dichiara erede col beneficio dell' inventario, e va o viene immesso al possesso dell' immobile ereditario serviente.

Per tal modo il fondo serviente passa nell' erede proprietario del fondo dominante, cioè in una sola persona. Ha luogo in questo caso o non ha luogo estinzione della servitù prediale stabilita fra quei due fondi, per consolidazione?

Digitized by Google

Se non vi ha confusione dei beni del suddetto erede con quelli della eredità non havvi nemmeno confusione del fondo dominante ad esso spettante col fondo serviente spettante alla eredità. E se non havvi quella confusione, la servitù prediale fra quei due fondi stabilita non si estingue.

Se l' erede beneficiario ha il diritto di pagarsi sulla eredità dei proprii crediti, ha diritto anche di far valere contro un immobile di quella eredità una servitù prediale che spetti al proprio immobile, servitù che anch' essa in senso lato è un credito. E se ha il diritto di far valere contro il fondo serviente spettante alla eredità la servitù spettante al proprio fondo dominante, ciò vuol dire che ha il diritto di voler esistente la servitù fra quei due fondi stabilita. E se ha il diritto di volerla esistente, ciò vuol dire ch' essa non si estingue per consolidazione perchè se si estinguesse non potrebb' essere fatta valere.

Pel § 802 del Codice austriaco l' erede beneficiario ha il diritto di pagarsi contro la eredità finchè le forze di questa a ciò bastino, anche delle proprie pretensioni che non dipendono dal diritto ereditario.

Anche una servitù prediale a vantaggio del fondo dominante dell' erede ed a peso del fondo serviente della eredità, è una pretensione dell' erede contro la eredità e rispettivamente contro quel fondo serviente, pretensione che non dipende dal diritto ereditario.

Dunque l' erede beneficiario può far valere la servitù spettante al proprio fondo dominante contro il fondo serviente spettante alla eredità.

Se può farla valere, ciò vuol dire che può farla sussistere. E se può farla sussistere, ciò vuol dire che non è estinta per consolidazione. Se fosse estinta non potrebb' essere fatta rivivere.

Su questo argomento della estinzione o non estinzione delle servitù prediali per consolidazione potrebbero essere moltiplicati gli esempii. Ma parmi bastare allo scopo delle mie annotazioni che io abbia fatto cenno di alcuni dei principali.

3.° Le servitù prediali si estinguono totalmente per espropriazione forzata in causa di pubblica utilità.

Tanto l' art. 545 del Codice Napoleone quanto il § 365 del Codice austriaco stabiliscono il principio che per motivo di utilità pubblica ognuno ceder debba la sua proprietà verso indennizzazione.

Anche le servitù prediali sono una proprietà. Dunque può nascere il caso che anche esse per oggetto di pubblica utilità debbano essere cedute.

Questo dovere della cessione per viste di utilità pubblica è ciò che costituisce la così detta espropriazione forzata. Essa estingue le servitù prediali.

Le servitù prediali ponno essere in causa di utilità pubblica o immediatamente o mediatamente espropriate.

Lo Stato p. e. pei bisogni della navigazione di un fiume sopprime i diritti di derivarne acqua conceduti ad oggetto d' irrigare i circostanti terreni. Questi diritti mi sembrano tante servitù prediali a vantaggio di que' terreni che sono i fondi dominanti, ed a peso del fiume ch' è il fondo serviente.

Ecco la immediata spropriazione forzata delle servitù.

Lo Stato invece espropria forzatamente una casa che ha il diritto, ovvero una casa che ha l' obbligo di una servitù prediale verso una casa altrui, per atterrarla e far passare sul suolo di essa una regia strada.

Distrutta così la casa dominante, la casa serviente non ha più servitù passiva.

Distrutta la casa serviente, la casa dominante non ha più servitù attiva.

Ecco la mediata spropriazione forzata delle servitù, che ha luogo colla spropriazione del fondo dominante o del serviente.

Nelle provincie venete la spropriazione forzata ha luogo non solo a vantaggio dello Stato per le sue opere pubbliche, ma anche a vantaggio dei Comuni per le loro.

Ne dà una prova il § 25 del regolamento sulle strade ed altre opere comunali dell'11 luglio 1833, che stabilisce esservi spropriazione forzata anche nel caso di strade comunali come in quello delle opere erariali.

Ed il diritto di espropriazione forzata può essere accordato dallo Stato per oggetto di pubblica utilità anche a privati.

Così coll' art. VIII della sovrana Patente del 27 novembre 1840 fu accordato alla società anonima di azionisti per la costruzione della ferrovia tra Venezia e Milano.

Digitized by Google

Parlando della vendita forzata per oggetto di pubblica utilità parmi non disutile dir qualche cosa sulle altre vendite forzate d' immobili.

Queste vendite forzate hanno luogo non solo ad opera del giudice, ma anche per conto dell' autorità amministrativa.

Quest' autorità fa procedere alla vendita forzata d' immobili per crediti di pubblico o di privato diritto.

È nell' uno e nell' altro caso, quella vendita ha luogo mediante la così detta esecuzione fiscale.

Da qui le seguenti domande:

a. L' asta fiscale di un immobile per crediti fondati nel pubblico diritto come le pubbliche imposte, estingue le servitù prediali stabilite a vantaggio od a carico di quell' immobile?

Venduto all' asta fiscale un fondo dominante mi par chiaro che la servitù prediale a vantaggio di esso stabilita non si estingua.

Chi acquista in quella via il suddetto immobile, lo acquista con tutti i diritti ad esso inerenti quando non sieno circoscritti alla sola persona dell' anterior proprietario.

Acquista per conseguenza anche le servitù prediali attive che vi sono inerenti, che sono diritti reali e non circoscritti a quella persona.

La quistione può offrire più difficoltà in riguardo all' immobile serviente ossia aggravato da una di quelle servitù.

L' art. 48 della legge italiana 22 marzo 1804 ed il § 70 della sovrana Patente 18 aprile 1816 dicono, che chiusa l' asta degl' immobili venduti per debito di pubbliche imposte, l' esattore trasferisce nel deliberatario il pieno dominio e possesso di essi.

Che cosa intendono quelle leggi dicendo, che l'esattore trasferisce nel deliberatario il pieno dominio e possesso dell' immobile?

A me sembra che dir vogliano soltanto, trasferire l' esattore quella che il § 357 del Codice austriaco chiama proprietà piena ed indivisa, cioè il diritto sulla sostanza congiunto al diritto sugli utili dell' immobile ed il possesso di esso.

Se così l' esattore trasferisce nel deliberatario e il diritto sulla sostanza e quello sugli utili dell' immobile, ne viene, che se la proprietà dell' immobile venduto all' asta fiscale non è piena, ma divisa fra un diretto ed un utile proprietario come nel feudo, nella locazione ereditaria, nella enfiteusi, egli trasferisce nel suddetto deliberatario la diretta e la utile, quindi la piena proprietà.

Sicchè per tal modo l' asta fiscale per crediti fondati nel pubblico diritto estingue i rapporti di feudo, di locazione ereditaria, di enfiteusi ecc.

Ma ne viene da ciò ch' estingua anche le servitù prediali aggravanti l' immobile venduto?

Nol credo.

L' esattore trasferisce nel deliberatario la proprietà diretta ed utile dell' immobile che vende.

Trasferisce cioè quel che forma la proprietà piena dell' immobile stesso.

Ma non trasferisce nulla di diverso, nulla di più, nè può trasferirlo.

Non trasferisce nel deliberatario ciò che non costituisce nè la proprietà diretta nè la proprietà utile dell' immobile, ciò che non ispetta a quell' immobile, ciò che spetta ad un immobile altrui. Una cosa altrui non può trasferirla.

Ma la servitù prediale che aggrava un immobile, non costituisce nè la proprietà diretta, nè la utile di esso. Non è cosa che spetti all' immobile serviente che di essa è aggravato. È cosa che spetta all' immobile dominante a vantaggio del quale fu costituita, all' immobile altrui. È insomma cosa altrui.

Digitized by Google

Ciò è vero. Ma perchè? Perchè ne ha pagato il prezzo. Perchè questo prezzo, dopo pagato il credito per imposte che primo con ipoteca legale aggrava l'immobile che ha acquistato, vien convertito (dietro la domanda specialmente voluta dall'art. 72, lett. *b* della sovrana Patente 15 aprile 1816) in quanto sia sufficiente, nel pagamento dei creditori ipotecarii secondo la loro priorità. Perchè la ipoteca si distacca da quell'immobile e si trasporta sul prezzo pagato dal deliberatario. Il pagamento di quel prezzo è la condizione *sine qua non*, per la quale il deliberatario acquista libero quell'immobile da ogni ipoteca, per la quale ogni ipoteca si estingue. Ma per la servitù prediale che aggrava l'immobile deliberategli, il deliberatario non paga prezzo. Nessun prezzo per conseguenza della servitù è pagato al proprietario dell'immobile che ha ad essa diritto. E se a questo non è pagato alcun prezzo per la servitù, essa non può estinguersi. Se si estinguesse, ne verrebbe che il deliberatario acquisterebbe libero da essa il fondo che n'è aggravato, a titolo gratuito. Si arricchirebbe così senza diritto a danno del fondo dominante cui la servitù spetta e rispettivamente a danno del proprietario di esso. E se per inconcesso fosse anche a favore del deliberatario detratto dal prezzo dell'immobile deliberato il valore della servitù prediale che lo aggrava, ne verrebbe ch'egli pagherebbe per l'immobile acquistato all'asta fiscale un prezzo minore, ma a patto di continuare a tollerare su esso la servitù. Anche qui se malgrado a ciò la servitù dovesse essere estinta, il deliberatario si arricchirebbe a danno del fondo dominante e del proprietario di esso. È poi tutto ciò ammissibile in giustizia ed in equità? Non so persuadermene.

Per tutti questi motivi inclino a credere, che la vendita all'asta fiscale di un immobile per pubbliche imposte non debba estinguere le servitù prediali che lo aggravano.

E ciò credendo, credo anche in massima giusta la sentenza riferita nel giornale di giurisprudenza pratica di Venezia dell'anno 1847 pag. 8, che dee aver sancito il principio che la vendita all'asta fiscale per pubbliche imposte non estingua le servitù.

b) Sembrami dunque, come ho detto, che l'asta fiscale di un immobile per crediti fondati nel pubblico diritto non estingua le servitù prediali.

Per eguale anzi per maggior ragione non dee estinguerle l'asta fiscale per crediti fondati nel diritto privato e civile.

Ove si tratti del fondo dominante, il deliberatario all'asta fiscale per uno di questi *ultimi crediti*, lo acquista colle servitù prediali costituite a vantaggio di esso.

Intorno a ciò mi richiamo a quello che ho detto alla lettera *a* della presente annotazione.

Ove si tratti poi del fondo serviente:

Trovo pei tempi italiani, citati nel Soardi (Della esecuzione privilegiata fiscale, ecc. Venezia, 1853. Cecchini, pagina 119) un dispaccio del 3 gennaio 1812 del Ministro dell'*Interno*, ed un altro dispaccio del 14 luglio 1813 del Prefetto del Monte Napoleone, i *quali* per riguardo alle ipoteche adottarono i seguenti principii.

Subastazioni, dicono essi, a favore della r. Finanza e del r. Demanio, aggiudicazioni a favore dell'Amministrazione, non recano pregiudizio ai creditori inscritti prevalenti, e ciò a differenza delle subastazioni per crediti di pubbliche imposte.

Trattandosi di subastazioni ed aggiudicazioni per conto della r. Finanza (che secondo l'art. 34 della legge di finanza 17 luglio 1805 e l'art. 12 del Decreto 17 aprile 1806 avevano luogo nella via della privilegiata esecuzione fiscale) restano salve le ragioni dei suddetti creditori o sul prezzo ricavato dalla subasta o sul fondo aggiudicato, dietro graduazione giudiziale quando questa non abbia potuto aver luogo in via amministrativa.

L'asta fiscale per crediti della finanza e del Demanio fondati nel diritto privato, non estingueva dunque il diritto reale d'ipoteca che poteva essere fatto valere sul prezzo ovvero sull'immobile ipotecato.

Per la stessa e più forte ragione non doveva dunque estinguere nemmeno il diritto

Digitized by Google

Se essa non libera gl' immobili deliberati dai sussistenti diritti reali d' ipoteca, non dee nemmeno liberarli dai diritti reali di servitù prediale che gli aggravino.

Trovo inoltre nel suddetto giornale pel 1851, n. 40 altro giudicato di prima e terza instanza, il quale ha deciso:

Che la vendita e l' aggiudicazione fiscale per crediti di natura privata spettanti ad un Comune (abilitato a procedere in tal via di privilegiata esecuzione dall' art. 49 della sovrana Patente 18 aprile 1816 pe' proprii crediti contrattuali pei quali fosse stata fra le parti convenuta la facoltà di usare del privilegio fiscale) non tolgono ai creditori inscritti ed aventi prevalente diritto reale d' ipoteca, l' azione al ricavatone prezzo.

Ciò vuol dire che quella vendita ed aggiudicazione fiscale non estinguono il diritto reale d' ipoteca, il quale distaccandosi soltanto dall' immobile si trasporta sul prezzo della delibera fiscale.

Per la stessa ragione estinguer non deggiono nemmeno il diritto reale di servitù prediale aggravante l' immobile fiscalmente deliberato, diritto reale di servitù il quale dee poi continuare ad aggravare l' immobile serviente perchè non vi ha prezzo sul quale essere possa trasportato.

Ciò tutto è consono anche al principio di diritto, che la servitù prediale essendo pei §§ 307, 308 del Codice austriaco un diritto reale sulla cosa, segue il fondo che n' è aggravato in qualunque mano si trovi.

Se ciò non fosse, cesserebbe di essere diritto reale sulla cosa.

c) Finalmente anche la vendita esecutiva e la conseguente aggiudicazione giudiziale di un immobile non estinguono le servitù prediali a vantaggio od a peso di esso stabilite.

L' art. 734 del Codice della processura civile pel regno d' Italia ha stabilito, che l' aggiudicazione definitiva non trasmette all' aggiudicatario maggiori diritti sulla proprietà di quelli che aveva il debitore pignorato.

Dunque gli trasmette diritti eguali a quelli che aveva quel debitore pignorato.

Ora se questi aveva a vantaggio dell' immobile, del quale fu spogliato con quell' aggiudicazione, un diritto di servitù prediale su un immobile altrui, l' aggiudicatario subentrato nei diritti di esso, lo acquista.

Se poi l' aggiudicatario non ha sull' immobile maggiori diritti del debitore pignorato ne viene che se il debitore spogliato non aveva diritto di liberare quell' immobile da una servitù prediale che lo aggravava, questo diritto non compete nemmeno al deliberatario. Il primo doveva sopportare sul suo immobile la servitù. Dee sopportarla anche il secondo. Non era estinta pel primo; non lo è nemmeno pel secondo in forza alla sua aggiudicazione.

E pel Codice austriaco:

Il § 442 stabilisce che chi acquista la proprietà di una cosa, acquista anche i diritti ad essa inerenti, quando non sieno circoscritti alla sola persona dell' alienante.

Le servitù prediali costituite a vantaggio di un fondo dominante, non sono diritti personali ma reali sulla cosa.

Quando dunque il giudice, come mandatario legale del proprietario del fondo dominante, aggiudica in via esecutiva quell' immobile ad un deliberatario, glielo aggiudica con tutte le servitù prediali a vantaggio di esso costituite, che sono diritti reali e non diritti circoscritti alla sola persona dell' anterior proprietario spogliato. Il deliberatario acquista dunque colla proprietà dell' immobile anche quelle servitù prediali, che non sono estinte.

Il suddetto § stabilisce anche, che nessuno possa trasferire in altri diritti maggiori di quelli ch' egli stesso abbia.

Dunque, se chi viene spogliato in via di esecuzione giudiziale di un immobile aggravato da una servitù prediale, non aveva il diritto di liberar quell' immobile dalla suddetta servitù e doveva quindi sopportarla, il deliberatario che non ha maggiori diritti di esso, non acquista l' immobile libero dalla servitù; dee invece sopportarla, e se dee sopportarla, la vendita e l' aggiudicazione in via di giudiziale esecuzione non l' hanno estinta.

È vero che il successivo § 443 determina, che colla proprietà delle cose immobili si acquistano i soli pesi ad esse inerenti che sono inscritti nei pubblici libri.

Ma, a parer mio, andrebbe errato chi sostenesse, che per non essere fra noi inscritte, perchè esserlo nol ponno, le servitù prediali, esse non debbano essere assunte dall' aggiudicatario dell' immobile serviente, in via di giudiziale esecuzione.

Digitized by Google

Nelle provincie dell' Impero ov' esistono i pubblici libri per l' acquisizione di tutti i diritti reali sugl' immobili, è giusto che non passino in qualunque terzo acquirente, i diritti reali di servitù prediale non inscritti, perchè la sola inscrizione dà il diritto e l' obbligo, e perchè senza iscrizione quel diritto e quell' obbligo reale non esistono.

Ma nel nostro regno nel quale il diritto reale di servitù non può per la mancanza di quei pubblici libri acquistarsi colla inscrizione: nel quale per conseguenza si acquista senza inscrizione, è chiaro che quel diritto aggrava come reale e senza inscrizione il fondo serviente e lo segue in qualunque mano esso passi. Dunque le servitù prediali che aggravano l'immobile aggiudicato in via di esecuzione giudiziale, passar deggiono e passano con esso nell' aggiudicatario. Se ciò non fosse, cesserebbero di essere diritti reali. Cesserebbero cioè di essere diritti spettanti secondo i §§ 307, 308 del Codice austriaco ad una persona sull' immobile senza riguardo a certe persone, ossia diritti che seguono l' immobile stesso in qualunque mano egli si trovi. Sarebbe per noi distrutta la teoria giuridica dei diritti reali.

4.° Le servitù prediali si estinguono per prescrizione (propriamente detta, ossia estintiva).

Ecco su ciò le disposizioni del Codice Napoleone.

In genere quella prescrizione per l' art. 2219 è un mezzo per essere liberato da un' obbligazione, mediante il decorso di un certo tempo, e sotto le condizioni stabilite dalla legge.

In ispecie per l'art. 706 è un mezzo onde perdere col non usarne, per un determinato tempo, le servitù prediali stabilite pel fatto dell' uomo.

Ho detto nell' annotazione *a* del Capo XIX, che quelle nascenti dalla situazione naturale dei luoghi e dalle obbligazioni imposte dalla legge, non si perdono per prescrizione.

Ponno bensì essere tolte o limitate da diritti ad altri spettanti e ad esse contrarii, ma in questo caso non sono tolte mediante la prescrizione.

Si perdono per prescrizione tutte le servitù prediali stabilite pel fatto degli uomini, sieno poi continue o discontinue, apparenti o non apparenti.

Quella stessa prescrizione che le fa perdere ai privati, le fa per l' art. 2227 perdere anche al Demanio, agli stabilimenti pubblici, ai Comuni.

In quanto al tempo fissato dalla legge per la prescrizione estintiva delle azioni reali e personali in genere, l' art. 2262 lo stabilisce in 30 anni.

Trent'anni di non uso sono pel suddetto art. 706 il periodo che fa estinguere per prescrizione le suddette servitù prediali in ispecie.

I trent' anni per l' art. 707 cominciano a decorrere:

Per le servitù discontinue dal giorno in cui si è cessato di usarne.

P. e. Nella servitù discontinua del passaggio pel fondo altrui la prescrizione comincia a decorrere dal dì in cui si è cessato di passarvi.

Per le servitù continue poi, dal giorno in cui è stato eseguito un atto materiale ad esse contrario.

P. e. Nella servitù continua dell' acquidotto, la prescrizione comincia a decorrere dal dì in cui è stato distrutto il canale che serviva a condurre l' acqua.

Per compiere quella prescrizione il possessore del fondo serviente, sul quale il possessore del fondo dominante ommette di esercitare la servitù, unisce per l' art. 2235 al proprio possesso libero da quell' uso il possesso egualmente libero del suo autore, qualunque sia la maniera con cui ad esso è succeduto, a titolo universale o particolare, a titolo lucrativo od oneroso.

Per l' art. 708 anche il modo della servitù si prescrive com' essa e nella stessa maniera.

Per esempio. Io ho il diritto di passare sul fondo altrui con carro. Non vi passai per trent' anni se non a piedi. Il diritto di passarvi con carro, quel modo della mia servitù di passaggio si è estinto per prescrizione.

In quanto alle condizioni stabilite dalla legge per indurre la prescrizione estintiva delle servitù prediali è richiesto, come ho detto altrove, il non uso di esse.

Non occorre che questo non uso abbia tutte le qualità, che come ho detto nell'annotazione *a* del Capo XX aver dee il possesso, l' uso onde acquistare le servitù prediali per prescrizione (usucapione).

Digitized by Google

Ma dee avere però alcune di quelle qualità.

a) Io perdo in primo luogo una servitù prediale che mi spetta, mediante la prescrizione, o non usandone io stesso, o non usandone chi agisce per mio conto e nome come p. e. l'inquilino della mia casa, il fittajuolo del mio terreno a cui vantaggio fu costituita.

b) Il non uso in secondo luogo esser dee continuo. Dee cioè continuare e durare per trent' anni decorribili dai giorni stabiliti nell' art. 707 secondo la qualità delle servitù.

Perchè possa essere continuato fa d' uopo che abbia cominciato con effetto inducente la prescrizione estintiva.

P. e. Io a vantaggio di un mio fondo ho diritto di passaggio su un fondo altrui.

Stipulo col proprietario di questo fondo che mi asterrò dal passarvi per venti anni, trascorsi i quali continuerò ad usare del mio diritto di servitù.

Ometto secondo il patto di usarne per quei venti anni.

Ma spirato il tempo del patto non ne uso anche per dieci anni dopo.

Cioè non ne uso in complesso per intieri trent' anni.

La mia servitù non mi sembra estinta per prescrizione, perchè il mio non uso per venti anni in esecuzione del mio patto, salvo dopo il mio diritto alla servitù, non è qualificato ad indurre unito al non uso pei posteriori dieci anni la prescrizione di essa.

Nel tempo dei venti anni del patto non ha cominciato a decorrere la prescrizione. Dunque per quei vent' anni non ha continuato a decorrere. Cominciò a decorrere soltanto dal primo giorno del posteriore decennio. Da questo giorno ne continua la decorrenza. Da questo giorno non decorsero 30 anni, perchè la mia servitù sia prescritta.

Per altro esempio:

Il possessore del fondo serviente m' impedisce violentemente per cinque anni l' uso della servitù del passaggio spettante al mio fondo dominante.

Solo dopo cinque anni di lite posso far cessare la violenza e continuare potrei in quell' uso.

Ma non ne uso in fatto per altri venticinque anni, dopo cessata la violenza.

Potrà dirsi che io abbia perduto il mio diritto di servitù per prescrizione?

A dir vero non mi sembra.

Qui ebbevi atto di violenza.

Ora per l' art. 2233 atti di violenza non sono fondamento di un possesso idoneo ad indurre la prescrizione.

E quel possesso non incomincia se non dopo cessata la violenza.

Dunque il possessore del fondo serviente non ha durante i cinque anni dalla violenza possesso libero dalla servitù che sia idoneo ad indurre a suo favore la prescrizione.

In quei cinque anni la prescrizione non cominciò e non continuò a decorrere a mio danno.

Cominciò solo e potè continuare a decorrere dopo i cinque anni della violenza.

Decorsa essendo così non in quei cinque anni ma soltanto pei posteriori venticinque del mio non uso, la trentennaria prescrizione della mia servitù non si è compiuta.

c) Il non uso in terzo luogo non dev'essere interrotto, nè naturalmente nè civilmente.

Sarebbe naturalmente interrotto, quando io, secondo l'art. 2243, dopo di avere ommesso per dieci anni di usare di una servitù a me spettante sul fondo altrui, ne ripigliassi l' uso per più di un anno, togliendo a quel fondo la libertà dalla suddetta servitù di cui aveva negli anteriori dieci anni goduto.

Sarebbe interrotto civilmente, quando io, secondo gli art. 2244-2246, dopo venti anni di non uso della mia servitù citassi dinanzi al giudice il proprietario del fondo serviente

Digitized by Google

E per l'art. 710 se tra quei comproprietarii ve ne fosse uno contro il quale non avesse potuto decorrere la prescrizione, come p. e. secondo l'art. 2252, un minore, essa non decorrerebbe nemmeno contro gli altri.

Ciò va bene quando, come ho detto nell'annotazione *a* del Capo X, la servitù sia per sua natura indivisibile, ovvero quando essendo (pure per sua natura) divisibile in parti, non abbia potuto cessare, o per accordo di tutti gl' interessati non abbia cessato di essere una sola e la medesima servitù di essere indivisibile ed indivisa.

Allora è chiaro che per questa indivisibilità della servitù per natura, per questa indivisibilità pel diritto, e per l' obbligo che fonda, l' uso che ne fa uno dei proprietarii in comune del fondo dominante, impedir dee la prescrizione a favore di tutti, e se contro uno dei comproprietarii decorrere non può quella prescrizione, essa non dee decorrere nemmeno contro gli altri.

Ma se quella servitù per natura divisibile in parti, è stata per accordo di tutti gl'interessati in parti divisa; se così ha cessato di essere una sola e la medesima servitù e si è convertita in tante servitù separate quanti sono i comproprietarii del fondo dominante, allora non credo che l' uso che facesse uno dei comproprietarii della parte di servitù, della servitù divenuta per la divisione separata, toccatagli in sorte, potesse impedire la prescrizione in riguardo agli altri comproprietarii, che non avessero usato della parte di servitù, della servitù separata loro competente.

Per la stessa ragione non credo che in questo caso non potendo decorrere la prescrizione contro uno di quei comproprietarii, non debba decorrere nemmeno contro gli altri.

Non vi sarebbe infatti indivisibilità della servitù nè per la natura di essa nè pel diritto e per l' obbligo che fonda, che potesse produrre l' effetto della indivisibilità per esprimermi così fra quei comproprietarii in riguardo alla prescrizione.

Finalmente per l' art. 2262 del Codice Napoleone chi sostiene estinta per la prescrizione trentennaria una servitù prediale, non ha bisogno nè di esibir titoli nè di provare la propria buona fede. Il non uso della servitù per quel tempo da parte di chi ad essa aveva diritto, basta a tutto, quando abbia le qualità che di sopra ho spiegato.

Vengo ora alle disposizioni del Codice austriaco sulla prescrizione (propriamente detta ossia estintiva) delle servitù prediali.

Anche qui ripeto quello che ho detto nelle annotazioni *a*, *b* del Capo XIX, cioè che per prescrizione si estinguono le sole servitù prediali nate per fatto degli uomini.

In genere quella prescrizione, pel § 1451 è la perdita di un diritto, non esercitato in un certo tempo dalla legge stabilito.

In ispecie pel § 524 è la perdita delle servitù prediali pel non uso di esse durante quel tempo.

Si perdono per prescrizione secondo il Codice austriaco tutte le servitù prediali ch' esso contempla, sieno poi per la natura delle cose continue o discontinue, apparenti o non apparenti.

E si perdono, pel § 1454, da ogni persona fisica e morale che possegga un immobile a cui vantaggio sieno state costituite.

Si perdono poi da quelle persone ora con ed ora senza limitazione.

Su ciò ho detto nell' annotazione *a* del Capo XX parlando della usucapione secondo il Codice austriaco.

A perdere le servitù prediali per prescrizione vi vuole il non uso di esse avente le qualità stabilite dalla legge.

Il tempo di quel non uso è ordinario o straordinario.

Ordinario, pel § 1479, è quello di trent' anni.

Straordinario, pei §§ 1488, 1485, è quello di tre o di quarant' anni.

E di tre anni quando la parte obbligata si è opposta all' esercizio della servitù e la parte avente il diritto non l' ha esercitata appunto per tutti quei tre anni.

E di quarant' anni contro lo Stato, le chiese, le comunità e le altre lecite corporazioni.

Per prescrivere le servitù prediali di rado esercibili, delle quali fa cenno il § 1484, e delle quali ho parlato nelle annotazioni *b*, *c* del Capo XIX, fa d' uopo che durante il decorso di trenta o quarant' anni, quegli cui ne competeva il diritto non abbia fatto uso della occasione per tre volte presentatagliesi di esercitarlo.

Sul senso d' attribuirsi ad alcune espressioni del § 1475, ch' è relativo anche alla or-

Digitized by Google

dinaria prescrizione, mi sono permesso alcune osservazioni nell' annotazione *a* del Capo XX. Ad esse mi riporto.

Il tempo della prescrizione delle servitù prediali, in generale e salve le eccezioni portate dai §§ 1494, 1495, 1496, comincia, pel § 1479, a decorrere dal momento in cui si è cominciato a non usarne. In ispecie quando la parte obbligata si è opposta al loro esercizio, comincia pel § 1488 a decorrere dal momento del cominciamento del non uso dopo quella opposizione.

Dopo costituita una servitù prediale il non uso di essa, a parer mio, si verifica nel modo seguente:

O si tratta di servitù ad esercitare la quale è necessario un fatto dell' uomo, come p. e. il passaggio nella servitù del passaggio, il condurre il fumo nel cammino altrui nella servitù di farvi passare quel fumo, ed allora il non uso consiste nella ommissione di quel fatto.

O si tratta invece di servitù ad esercitare la quale non è necessario il suddetto fatto attuale dell'uomo, come p. e. quella di tenere immessa una trave nel muro altrui, o di tenere in quel muro aperta una finestra, ed allora parmi che consistendo la servitù unicamente nella esistenza di quell' opera, il non uso abbia luogo quando l' opera stessa è distrutta.

Per compiere il tempo della prescrizione, il possessore del fondo sul quale non fu esercitata una servitù prediale, computa, pel § 1493, anche il tempo del suo antecessore nel possesso.

Sulla continuità del tempo dirò in appresso.

In quanto alle condizioni stabilite dalla legge per estinguere mediante la prescrizione le servitù prediali, i §§ 1478, 1479, 1488 richieggono semplicemente il non uso di esse.

Non occorre che questo non uso abbia tutte le qualità che nell' annotazione *a* del Capo XX ho indicato dover avere il possesso, l'uso onde acquistare le servitù prediali per usucapione.

Infatti se, come ho detto poco fa, ad estinguerle per prescrizione basta il semplice non uso, non può cercarsi se vi abbia titolo legittimo o buona fede, o titolo non vizioso.

Però aver dee alcune di quelle qualità:

a) Anche pel Codice austriaco come pel Codice Napoleone, credo perdere io mediante il non uso, per prescrizione, una servitù prediale, sia che non ne usi io stesso, sia che altri in mio nome non ne usi.

b) Il non uso però dev' essere continuato. Deve cioè aver continuato per tutto il periodo voluto dalla legge onde abbia luogo la prescrizione estintiva, periodo che abbia cominciato a decorrere, come ho detto poco fa.

Perchè possa essere continuato, fa d' uopo che abbia cominciato con effetto che possa indurre la prescrizione.

Se non usassi per qualche tempo di una servitù che mi spetta, o per patto di non usarne o per violenza che me ne impedisse l' uso, non decorrerebbe per quel tempo a mio danno la prescrizione. Veggano i miei lettori ciò che nel proposito ho osservato, parlando sul Codice Napoleone alla lettera *b* della presente annotazione.

Il tempo della prescrizione non comincia e non può essere continuato contro le persone accennate, e nei casi indicati dai §§ 1494, 1495, 1496 del Codice austriaco. Mi riferisco a ciò che ho detto secondo questo Codice sulla usucapione al n. 4 dell'annotazione *a* del Capo XX.

c) Il non uso dee essere anche non interrotto nè naturalmente nè civilmente.

Sarebbe interrotto naturalmente, quando prima che si compiesse il tempo della prescrizione di una servitù prediale a me spettante e da me non esercitata, ne ripigliassi l' esercizio.

Sarebbe civilmente interrotto, secondo il § 1497, mediante il riconoscimento del mio diritto alla servitù per parte del proprietario del fondo serviente, o mediante la citazione in giudizio per mia parte di quel proprietario, prima che scadesse il tempo della prescrizione onde far valere la mia servitù.

La prescrizione non è interrotta:

quando non vi abbia petizione in giudizio da parte di chi vuole impedire la perdita della servitù che gli spetta, appunto per prescrizione;

quando non vi abbia un atto per legge equivalente a quella petizione, come ho detto nell' annotazione *a* del Capo XX parlando della usucapione secondo il Codice austriaco;

Digitized by Google

quando la incamminata azione giudiziale non sia stata regolarmente proseguita, ovvero sia stata abbandonata per tutto il tempo bastante ad indurre nuova prescrizione;

quando quella petizione in giudizio sia stata respinta con sentenza passata in giudicato;

quando sia stata definitivamente restituita dal giudice per incompetenza, perchè, come ho detto nella suddetta annotazione, se restituita è come non prodotta;

quando infine quegli che ha l' obbligo alla servitù ed al quale giova la prescrizione non abbia nè espressamente nè tacitamente riconosciuto prima che ne scada il tempo il diritto di quegli cui la servitù spetta ed al quale la prescrizione arreca nocumento.

Ove il proprietario del fondo dominante oltre al non usare della servitù che gli spettasse riconoscesse il diritto del proprietario del fondo serviente alla libertà di questo fondo da quella servitù parmi che quel riconoscimento od espresso o tacito sarebbe piuttosto una rinuncia al diritto di servitù, anzichè una causa di non interruzione della prescrizione.

Ove poi spettandomi una servitù prediale sul fondo altrui io non ne usassi, ma un solo tra i varii proprietarii in comune di quel fondo serviente riconoscesse il mio diritto a quella servitù, parmi che il riconoscimento di quel solo comproprietario non varrebbe ad interrompere la prescrizione, decorrente in causa del mio non uso a favore degli altri comproprietarii.

Anche qui potrebbe dirsi che pei §§ 828, 829 del Codice austriaco il riconoscimento di quel comproprietario nuocere non possa agli altri comproprietarii, e non possa quindi interrompere a loro danno la prescrizione.

La massima che il riconoscimento di una sola delle parti non nuoccia alle altre parti che non riconobbero è sanzionata anche dal § 165 del giudiziario regolamento. Per quel § infatti, la confessione in giudizio di un consorte della lite pregiudica ad esso ma non agli altri consorti.

La petizione poi in giudizio dell' unico proprietario di un fondo dominante tendente a far valere un diritto di servitù che gli spetta sul fondo serviente, e diretta contro un *solo* fra più proprietarii in comune di questo ultimo fondo, interrompe o no contro gli *altri* comproprietarii la prescrizione?

Mi sembra che la interrompa.

Se la servitù è per natura indivisibile, il proprietario del fondo dominante ha, pel § 890 del Codice austriaco, il diritto di farla valere contro qualunque dei comproprietarii del fondo serviente. Può dunque presentare la propria petizione in giudizio anche contro un solo di essi. Questa petizione contro unò vale in generale contro tutti. Se vale in generale contro tutti, deve specialmente valere a far interrompere contro tutti la prescrizione.

Se la servitù è per natura divisibile in parti, e non fu, assenziente il proprietario del fondo dominante, divisa in parti fra i proprietarii in comune del fondo serviente, egli esercitandola sul fondo serviente posseduto in comune da quei proprietarii, la esercita indivisibilmente sul fondo stesso. Per lui quella servitù è indivisibile, se non per natura, certo pel diritto e per l' obbligo che fonda. Anche qui trattasi dunque per lui di cosa indivisibile, di cosa che può pretendere da qualunque dei comproprietarii del fondo serviente. Ora se egli fa valere con petizione quella sua servitù contro un solo dei comproprietarii del fondo serviente, la fa validamente valere contro tutti gli altri. E se colla petizione contro uno la fa validamente valere contro tutti, quella petizione dee anche essere atta ad interrompere contro tutti la prescrizione.

Lo stesso avrebbe luogo nel caso in cui quella servitù, divisibile per natura in parti, fosse stata senza il concorso di lui divisa in parti fra i comproprietarii del fondo serviente. Non essendo concorso a quella divisione, la servitù sarebbe per lui rimasta indivisibile.

La cosa però muterebbe di aspetto quando egli avesse assentito alla divisione della

Digitized by Google

petizione tendente a far valere la servitù, diretta contro un solo fra quei proprietarii, non varrebbe in generale contro gli altri. Non varrebbe dunque specialmente ad interrompere contro questi ultimi la prescrizione.

Più proprietarii poi in comune di un fondo dominante hanno diritto ad una servitù su un fondo serviente. Uno di quei proprietarii la esercita, gli altri no. L' uso dell' uno interrompe la prescrizione a favore degli altri secondo il Codice austriaco?

Mi sembra che debba interromperla o no dietro la distinzione che ho fatto parlando del caso identico secondo l' art. 709 del Codice Napoleone alla lettera c della presente annotazione.

Finalmente se fra quei proprietarii in comune del fondo dominante ve ne ha uno contro il quale decorrere non possa la prescrizione, come p. e. un minore nel caso del § 1494 del Codice ora vigente, decorre essa contro gli altri comproprietarii che non godono di quel privilegio?

Il § 1473 di quel Codice dispone che chi trovasi in comunione con una persona dalla legge privilegiata riguardo al tempo della prescrizione, partecipa al favore medesimo.

L' altro § 1494 dice che contro un minore la prescrizione una volta incominciata decorre bensì, ma non si compie se non due anni dopo tolti gl' impedimenti.

Ora, s' intenda sotto le parole d' impedimenti tolti, o la cessazione della minor età, o la cessazione della mancanza di un tutore, od ambedue queste cessazioni ad un tempo, è certo che il minore in queste ipotesi è privilegiato in riguardo al tempo della prescrizione che non si compie se non due anni dopo il toglimento dei suddetti impedimenti.

In generale dunque chi è in comunione con lui partecipa, sebbene non privilegiato, dello stesso privilegio. Dunque la prescrizione che non decorre contro il minore privilegiato in generale, non decorre nemmeno contro il non privilegiato in comunione con esso.

Ma notisi bene che il non privilegiato dee essere in comunione col privilegiato.

Vale a dire, a mio credere, non solo deggiono essere proprietarii in comune del fondo dominante, ma deggiono anche esercitare in comune la servitù aggravante il fondo serviente. Se non la esercitano in comune non mi sembra si possa dire che sieno in comunione in riguardo a quell' esercizio, sebbene lo sieno in riguardo alla proprietà del fondo dominante.

Il privilegiato ed il non privilegiato saranno perciò in comunione di esercizio, quando la servitù prediale sia per natura indivisibile, ovvero quando essendo per sua natura divisibile in parti, non sia stata fra essi divisa, d' accordo fra tutti gl' interessati, vale a dire d' accordo fra essi ed il proprietario del fondo serviente. In questo caso vi avrà comunione anche per l' esercizio della servitù fra il privilegiato ed il non privilegiato. In questo caso la prescrizione che non decorre contro il privilegiato non decorre nemmeno contro il non privilegiato.

Ma se trattandosi di servitù divisibile in parti, essa fosse stata d' accordo di tutti gli interessati divisa in parti fra i proprietarii in comune del fondo dominante, allora mi pare ch' essa avrebbe cessato di essere una sola ed identica servitù esercitata in comune e da quei proprietarii. Mi pare che si sarebbe cangiata in tante servitù separate quanti sono i comproprietarii del fondo dominante. Ogni comproprietario eserciterebbe la sua separata servitù. Eserciterebbe la sua servitù separata il comproprietario privilegiato. La sua servitù separata eserciterebbe anche il comproprietario non privilegiato. Tra essi non vi sarebbe comunione di esercizio sebbene vi fosse comunione di proprietà del fondo dominante. E non essendovi fra essi comunione di esercizio, mi pare egualmente che se

Digitized by Google

Anche il § 2223 del Codice Napoleone stabilisce che i giudici non possono supplire d' uffizio alla non opposta prescrizione.

Da qui le seguenti domande:

a) Quelle disposizioni di legge parlano della sola prescrizione estintiva, ovvero anche della prescrizione acquisitiva (usucapione) delle servitù prediali.

La disposizione del Codice Napoleone parmi che parli dell' una e dell' altra.

Infatti per l' art. 2219 sotto il nome di prescrizione si comprende tanto l' acquisitiva quanto la estintiva.

L' art. 2223 parla di prescrizione in generale.

Dunque parla tanto della estintiva quanto dell' acquisitiva.

Dunque il giudice non può supplire d' uffizio nè alla prescrizione estintiva nè all' acquisitiva delle servitù prediali che non fosse opposta dalle parti.

Pare che il Codice Napoleone sia partito dal principio che quel che vale per la prescrizione estintiva valer debba anche per l' acquisitiva e viceversa.

Pare cioè che abbia considerato che la prescrizione e come mezzo di acquistare, e come mezzo di liberarsi da un' obbligazione, non sia veramente altro che una eccezione, e che essendo una eccezione, debba essere e nell' un caso e nell' altro allegata in causa perchè il giudice possa avervi riguardo.

Parmi invece che il § 1501 del Codice austriaco parli della sola prescrizione estintiva e non già dell' acquisitiva ossia usucapione.

Quel Codice cominciando dai §§ 1451, 1452 che portano le definizioni della prescrizione estintiva e dell' acquisitiva ossia usucapione, distingue sempre tra l' una e l'altra.

Quando vuol dar regole comuni all' una ed all' altra, parla espressamente e dell' una e dell' altra insieme. Ne sieno di esempio i §§ 1454, 1494, 1495, 1496.

Quando vuol dar regole speciali o per l' una o per l' altra, parla separatamente dell' una e dell' altra. Ne sieno di esempio i §§ 1455-1464 per la usucapione ed i §§ 1486-1490 per la prescrizione estintiva.

Il § 1501 parla della sola prescrizione e non fa cenno di usucapione.

Dunque, come osserva il Nippel nel suo commento a quel §, il giudice senza che le parti *la oppongano*, non ha riguardo d' uffizio alla sola prescrizione estintiva, non anche all' acquisitiva *ossia* alla usucapione.

b) Pel Codice austriaco il giudice non ha riguardo alla prescrizione estintiva e pel Codice Napoleone non ha riguardo alla estintiva ed all' acquisitiva, d' uffizio, senza che sia stata opposta.

Quando si dirà essere essa stata opposta?

Dev' essere cioè opposta in termini espressi e sagramentali, ovvero basta che sia opposta *in* termini equipollenti?

P. e. Vien fatta valere contro di me una servitù prediale in giudizio.

Io difendendomi dalla domanda, allego e provo validamente averla la controparte perduta secondo l'art. 706 del Codice Napoleone o secondo il § 1479 del Codice austriaco per non averne usato per trent'anni continui. Osservo aver io per tal modo acquistato la libertà del mio fondo da essa. Chieggo per tutto ciò che il giudice respinga l'avversaria domanda.

Ma non adopero le parole espresse e sagramentali di opporre la prescrizione estintiva di quella servitù. Anzi non adopero nemmeno la parola prescrizione.

Il giudice dovrà o no dichiarare la servitù stessa estinta per prescrizione?

A me sembrerebbe di sì.

Infatti se non ho opposto quella prescrizione in termini espressi e sagramentali, è certo che la ho opposta in termini equipollenti.

Non è forse lo stesso che io abbia detto di opporre la prescrizione estintiva la servitù, o che abbia detto averla il mio avversario perduta per non averne usato per trentanni continui, e che abbia chiesto per questo motivo che la sua domanda venga respinta?

Digitized by Google

Chieggo in conseguenza che venga dal giudice riconosciuto il mio diritto alla servitù e che sia fatta cessare la privazione, il turbamento.

Ma non oppongo in termini espressi e sagramentali di aver acquistato la servitù mediante la prescrizione acquisitiva. Anzi non faccio nemmeno uso della parola prescrizione.

Il giudice dovrà o no dichiarare acquistata da me la servitù per prescrizione?

Anche qui mi sembrerebbe di sì.

Infatti ho opposto la prescrizione acquisitiva, se non in termini espressi e sagramentali, pure in equipollenti.

È lo stesso, che io abbia detto di aver acquistato la servitù per prescrizione, o che abbia allegato e provato di averne esercitato il possesso per trent' anni e che abbia in seguito a ciò chiesto che il giudice riconosca aver io a quella servitù diritto e che ne faccia cessare la privazione ed il turbamento.

Che se per altro io non allegassi secondo i casi, nè in termini espressi e sagramentali, nè in termini equipollenti la prescrizione acquisitiva od estintiva della servitù, e questa o risultasse al giudice dagli atti della lite, o non risultando da quegli atti, ne avesse notizia privata, allora è chiaro che non avendola io in alcun modo allegata e dovendo il giudice decidere *juxta allegata et probata*, non potrebbe supplirvi d' uffizio.

Il § 1502 del Codice austriaco dice d' accordo coll' art. 2220 del Codice Napoleone che non si può rinunziare antecipatamente alla prescrizione.

Si può antecipatamente rinunciare alla prescrizione acquisitiva (usucapione) di una servitù prediale?

Per l' art. 2220 del Codice Napoleone, il quale combinato coll' art. 2219 parla come ho detto e della prescrizione acquisitiva e della estintiva, sembrerebbe di no.

Invece pel § 1502 del Codice austriaco, il quale come ho detto a proposito del § 1501 parlerebbe della sola prescrizione estintiva, sembrerebbe che la rinuncia anticipata alla prescrizione acquisitiva fosse permessa.

Ma se tanto la prescrizione estintiva quanto l'acquisitiva riposano su leggi di ordine pubblico, alle quali con convenzioni ed atti privati non si può derogare, sembrerebbe che si potesse sostenere che pel Codice austriaco come non si può rinunciare preventivamente alla prima non si potesse nemmeno antecipatamente rinunciare alla seconda.

5.° Le servitù prediali in ultimo luogo si estinguono totalmente:

A) per la risoluzione del diritto di coloro che le hanno stabilite;

B) per la risoluzione del diritto di coloro a cui vantaggio furono stabilite.

Dirò qualche cosa su ognuno di questi due mezzi di totale estinzione delle servitù prediali tanto secondo il Codice Napoleone quanto secondo l' austriaco.

A) Le servitù prediali si estinguono totalmente per la risoluzione del diritto di coloro che le hanno stabilite a carico di un fondo da essi posseduto ed a vantaggio di un fondo altrui.

Le massime del diritto romano: *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet. — Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, passarono anche nel diritto francese.

L' art. 2125 del Codice Napoleone le ha applicate alle ipoteche.

Chi non ha infatti sull' immobile altro che una ragione sospesa da una condizione o soggetta ad essere risoluta in casi determinati od annullata, non può stipulare che una ipoteca sottoposta alle medesime condizioni ed alla stessa rescissione.

Parmi che queste massime deggiano essere applicate anche alle servitù prediali.

Ma la difficoltà sta nell' applicarle.

Applicandole poi non posso che riferirmi a ciò che sul proposito scrissero i giureconsulti francesi, che sviscerarono l' argomento con molta scienza e col consueto loro acume.

E riferendo ciò che hanno detto lo corroborerò colle disposizioni del Codice Napoleone.

Deggio però premettere, parlar io qui soltanto di coloro che possedendo o godendo un immobile con ragione soggetta ad essere risoluta, ponno, per ciò che ho detto nelle annotazioni al Capo XIV, validamente imporvi nel tempo del loro possesso o godimento servitù prediali.

Tali sono p. e. il possessore di buona fede, l' erede apparente, colui che per qualsivoglia titolo abbia la proprietà utile di un immobile, il compratore di esso col patto della

Digitized by Google

ricompra a favor del venditore secondo l' art. 1659 del Codice Napoleone (non 1654, come fu detto all'annotazione *d* in fine del suddetto Capo).

E ciò deggio premettere perchè venendo imposta su un immobile una servitù prediale durante il proprio possesso o godimento da chi non può validamente imporvela, come p. e. del semplice usufruttuario, del possessore di mala fede, per quello che ho detto nelle annotazioni al Capo XIV ed in quella alla lettera *b* del Capo XXII, quella servitù prediale può essere fatta cessare da chi ha diritto al ritorno dell' immobile, e prima e all' atto di quel ritorno e dopo, pel motivo che chi l' ha imposta non aveva diritto d' imporla e non pel motivo della risoluzione.

Limitandomi dunque a parlare di coloro che avendo sull' immobile una ragione soggetta ad essere risoluta ponno, durante il loro possesso o godimento, validamente imporvi servitù prediali, distinguo prima di tutto fra le servitù prediali da essi imposte su quell' immobile a vantaggio di un immobile di loro proprietà e le servitù prediali impostevi a vantaggio di un immobile di proprietà di un terzo.

Le prime servitù, avvenuta la risoluzione, deggiono, in qualunque caso e senza che si possa distinguere come farò in appresso tra risoluzione per causa necessaria o volontaria, cessare.

P. e. Io sono possessore di buona fede di una casa. Altri e non io ne è vero proprietario.

Ma mi credo tale perchè in me concorrono tutti gli estremi dell' art. 550 del Codice Napoleone.

Credendomi tale immetto in quella casa una trave a vantaggio di altra casa che senza dubbio è mia propria.

Immettendola credo di far atto di proprietà, perchè mi credo proprietario di ambedue le case.

Ma essendolo io della casa dominante e non della serviente, aggravo veramente la seconda di una servitù a vantaggio della prima.

Insorge il vero proprietario e rivendica la casa da me in buona fede posseduta e che ho aggravato di quella servitù. Il mio diritto su quella casa ch' era risolubile è così risoluto.

Posso io sostenere esistente ulteriormente la servitù della quale ho aggravato l' altrui immobile a vantaggio del mio ?

Mi sembrerebbe di no.

La risoluzione infatti ha reso per me non avvenuto ciò che precedentemente esisteva. Ha rimesso le cose nello stato primiero.

Per effetto di essa non ho più alcun diritto sull' immobile che ho aggravato della servitù. E se non ho più su quell' immobile alcun diritto, non posso nemmeno avere a vantaggio dell' immobile mio proprio il diritto di quella servitù.

Riguardo alle seconde servitù, vale a dire a quelle che il possessore o colui che avesse il godimento dell' immobile a titolo risolubile avessero potuto imporvi a vantaggio dell' immobile di un terzo, distinguo ulteriormente :

O il loro titolo è risolubile per causa necessaria ossia inerente al titolo stesso, impressa su esso fin dal momento in cui ebbe vita, primitiva, antica, quindi indipendente dalla loro volontà :

O il loro titolo è risolubile per causa volontaria non impressa sul titolo fino dal punto del suo nascimento, nuova, posteriore e dipendente dalla loro volontà.

Nel primo caso, avvenuta la risoluzione, le servitù prediali imposte sull'immobile durante il proprio possesso o godimento da chi lo possedeva o godeva a titolo risolubile, sono estinte in confronto al terzo a cui vantaggio furono costituite.

Nel secondo caso, avvenuta la risoluzione, continuano in confronto al terzo a sussistere.

Nel primo caso la causa della risoluzione è inerente al titolo. È una causa su essa impressa fino dal punto in cui ebbe nascimento. È causa primitiva anteriore allo stabilimento della servitù. La risoluzione ha luogo necessariamente in forza del titolo. Non ha luogo per qualche fatto volontario e posteriore di colui che a carico dell'immobile ha costituito la servitù. Insomma ha causa necessaria, non volontaria. Chi possiede o gode quell' immobile, lo possiede o gode con ragione risolubile che non istà in poter suo togliere, evitare. Siccome non può trasfondere in altri diritti maggiori di quello ch'egli abbia,

Digitized by Google

così soggetto egli alla risoluzione non può concedere al terzo se non una servitù prediale egualmente risolubile. E il terzo che acquistò la servitù subordinata alla causa anteriore della risoluzione non può svincolarsi da quella soggezione. Avvenuto dunque il caso della risoluzione del diritto di chi possiede o gode l' immobile dee aver luogo anche la risoluzione della servitù che a carico di esso ha accordato ad un terzo. Questo è propriamente il caso di applicare la regola: *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

Pare che il Codice Napoleone sia partito da questi principii allorchè negli art. 929, 952, 954, 963 ha stabilito che il donatario, il quale restituisce gl'immobili donatigli, o per riduzione della donazione a favore di chi ha per legge il diritto della riserva (porzione legittima) o per riversibilità stipulata a vantaggio del donante, o per revoca della donazione atteso l' inadempimento delle condizioni sotto le quali fu fatta o per revoca attesa la sopravvenienza di figli a chi ha fatto la donazione debba restituirli liberi da ogni ipoteca e peso e quindi anche da ogni servitù prediale di cui gli avesse a vantaggio di un terzo aggravati.

E parmi anche che sia partito dagli stessi principii quando all'articolo 1673 ha stabilito che il venditore, il quale rientra al possesso di un immobile per patto di retratto ossia ricompera, lo riprenda esente da ogni ipoteca e peso, e quindi anche da ogni servitù prediale che vi avesse imposto il compratore.

Infatti le cause della risoluzione della donazione per la riduzione di essa a favore degli aventi per legge diritto alla riserva, o per l' inadempimento delle stipulate condizioni o per la sopravvenienza di figli al donante sarebbero cause immediatamente dalla legge impresse su quel titolo. Sarebbero poi cause di risoluzione impresse sul titolo mediatamente dalla legge ed immediatamente dal patto quella della riversibilità dei beni donati stipulatasi dal donante, e quella del retratto stipulatasi dal venditore. Tutte queste cause di risoluzione sarebbero impresse sul titolo fino dal suo nascimento. Sarebbero primitive anteriori allo stabilimento della servitù. Non avrebbero luogo per fatto volontario posteriore di chi a carico dell' immobile l' ha costituita. Avrebbero insomma causa necessaria e per questo motivo estinguerebbero quella servitù.

Nel secondo caso, cioè in quello della causa volontaria della risoluzione, essa non è inerente al titolo nè impressa su esso fino dal suo nascimento. Non è antica anteriore, sì bene nuova e posteriore allo stabilimento della servitù.

Non è indipendente ma dipendente dalla volontà di chi possiede o gode l' immobile a titolo risolubile. È insomma causa volontaria che da esso può essere evitata.

La causa della risoluzione essendo nuova e posteriore allo stabilimento della servitù, il terzo a vantaggio del quale quella servitù fu costituita non l' ha acquistata risolubile. Quella causa dipendendo da un fatto volontario di chi ha costituito la servitù, quel fatto pregiudicar non può al diritto del terzo. Dunque nascendo anche il caso della risoluzione del diritto di chi l' ha costituita, la servitù da lui conceduta non si estingue.

Sembrami che per queste ragioni l'articolo 958 del Codice Napoleone abbia stabilito che la revoca della donazione per titolo d' ingratitudine non pregiudichi ai pesi reali, e quindi nemmeno alle servitù che il donatario avesse imposto a vantaggio del terzo sugl'immobili donati.

Infatti per l'art. 894 la donazione è in regola irrevocabile, irresolubile.

È rivocabile, risolubile per ingratitudine in via di eccezione, in pena della offesa recata dal donatario al donante. È dunque inerente al titolo, impresso su esso il carattere della irresolubilità, non quello della risolubilità. D' altronde la ingratitudine è un fatto nuovo, posteriore, del tutto volontario del donatario. Quel fatto per ciò che ho osservato

Digitized by Google

E la ritiene estinta sebbene in quei casi la legge non ne pronunzii espressamente la risoluzione.

Partendo finalmente dallo stesso principio è chiaro che secondo il diritto francese deggiono considerarsi risolute per la risoluzione del titolo anche le servitù prediali che durante il proprio possesso avessero accordato al terzo, colui che per qualsivoglia titolo abbia la proprietà utile di un immobile come l' enfiteuta, il superficiario, il vassallo, il gravato di restituzione, e colui che ne fosse possessore di buona fede.

Anche per essi infatti la causa della risoluzione sarebbe inerente al loro titolo, impressa su esso fino dal punto in cui ebbe vita, anteriore allo stabilimento delle servitù a favore del terzo. Sarebbe causa necessaria. Risoluto il diritto, sarebbero risolute anche le servitù in base di esso accordate.

Può essere in questo proposito interessante la quistione sull' erede apparente.

Ho detto all' annotazione *b* del Capo XIV opinare il Pardessus che le servitù prediali accordate al terzo su un immobile posseduto da chi ha qualità di erede apparente debbano essere sofferte dal vero erede quando rivendichi quell' immobile.

Ho detto anche opinare il Troplong parlando delle ipoteche, che quelle costituite dall' erede apparente debbano, quando si presenti il vero erede, svanire.

Per identità di principii deggiono secondo esso svanire quando sorga il vero erede anche le servitù prediali imposte dall' erede apparente.

Il Pardessus tratta la quistione al § 244 del suo trattato sulle servitù.

Ed il Troplong la tratta al § 468 del suo trattato sulle ipoteche.

Il primo parte dai seguenti principii.

Chi acquista in buona fede una servitù su un immobile dall' erede apparente dopo essersi in ogni possibile modo assicurato, che quell' immobile apparteneva indubbiamente a chi ha lasciato la eredità, e che quegli che su esso gli ha conceduto la servitù lo possedeva con titolo e qualità di erede, ha fatto quanto ha potuto e non dee essere tenuto a di più.

Dunque vuole la fede pubblica che la servitù da lui acquistata sia mantenuta anche insorgendo il vero erede.

Il secondo parte invece dai seguenti principii.

L' erede apparente non fu mai effettivamente erede.

Non essendo vero erede non aveva diritti e non poteva in altri trasferirne.

Se anche ne aveva, essi all' apparire del vero erede si estinsero.

Si estinsero dunque anche quelli che avesse a terzi conceduto.

Risoluto per la comparsa del vero erede il diritto dell' erede apparente, è risoluto anche quello che a terzi avesse conceduto.

La risoluzione ha luogo per causa necessaria. Quindi le ipoteche concedute ai terzi dall' erede apparente durante il possesso, deggiono al presentarsi del vero erede svanire.

Le stesse ragioni sono perfettamente applicabili anche alle servitù prediali.

Sicchè in qualunque caso pei principii del Troplong le servitù prediali concedute ad un terzo dall' erede apparente si estinguono al comparire del vero erede.

Osando io di entrar terzo fra cotanto senno direi che il Pardessus si lasciò guidare da principii di equità.

Il Troplong invece parte da principii di diritto.

In diritto poi mi par vero che secondo il Codice Napoleone quelle servitù nel presente caso deggiano sparire.

Accordo che l' erede apparente durante il suo possesso e fino a che non apparisca il

Digitized by Google

Ciò tutto secondo il Codice Napoleone. Vengo ora all' austriaco.

Le suddette massime del diritto romano passarono anche in questo ultimo Codice.

Infatti il § 442 di esso dice, che in generale nessuno può trasferire in altri maggior diritto di quello che abbia egli stesso.

E l' altro § 1138 dice che in generale il proprietario utile non può in altri trasferire un diritto maggiore di quello ch' egli ha. Aggiunge che quindi il diritto dell' uno si estingue col cessare del diritto dell' altro.

Per quello che ho detto sul Codice Napoleone parlo anche secondo l' austriaco di coloro che possedendo o godendo un immobile con ragione soggetta ad essere risoluta ponno validamente imporvi nel tempo del loro possesso o godimento servitù prediali.

Non parlo di coloro che non ponno validamente imporne.

E parlando soltanto dei primi, anche qui distinguo fra le servitù prediali da essi validamente imposte durante il loro possesso e godimento sull' immobile posseduto o goduto a titolo risolubile, a vantaggio di un immobile di loro proprietà, e le servitù prediali impostevi a vantaggio di un immobile di proprietà di un terzo.

Opino che anche secondo il Codice austriaco le servitù prediali da essi imposte a vantaggio di un immobile di loro proprietà, debbano, avvenuta la risoluzione del titolo, in qualunque caso, e senza la distinzione che farò in seguito in base al § 527 di quel Codice, cessare.

E così opino pei motivi che su tale proposito ho addotto parlando sul Codice Napoleone.

Riguardo poi a quelle servitù prediali che il possessore o colui che avesse il godimento dell' immobile a titolo risolubile, vi avesse validamente imposto a vantaggio dell'immobile di un terzo, ecco quel che credo doversi dire secondo il Codice civile austriaco.

È bensì vero che pei §§ 442, 1138 di esso, nessuno può trasferire in altri diritti maggiori di quelli ch' egli abbia, e che risoluto il diritto di chi dà è risoluto anche il diritto di chi riceve.

Ma ciò è vero, come dicono quei §§, soltanto in generale, cioè per regola.

In particolare vi ponno essere a quella regola eccezioni.

La eccezione per le servitù la porta poi il § 527.

Esso dice infatti che se il possessore della servitù ha potuto o dai libri pubblici od in altro modo conoscere il diritto meramente temporaneo di quello che l' ha costituita, la servitù, passato quel tempo, cessa da sè.

Non parlo di quella conoscenza, mediante i libri pubblici la esistenza dei quali è presupposta dall' attuale Codice civile.

Siccome presso noi que' libri non esistono, in quella parte quel § non è per noi applicabile.

Ma parlo di quella conoscenza, per qualunque altro modo all' infuori di quello dei pubblici libri, perchè in questa parte quel § può avere anche presso noi applicazione.

Pel possessore della servitù del quale quel § parla, intendo il terzo a vantaggio dell' immobile del quale il possessore di un immobile con diritto temporaneo l' ha costituita.

E per diritto temporaneo di quello che sull' immobile l' ha a vantaggio del terzo costituita, intendo qualunque diritto non perpetuo, ma per qualsivoglia motivo in un dato tempo o presto o tardi risolubile.

Sicchè p. e. chi possiede in buona fede o con qualità di erede apparente un immobile, chi ne ha per qualsivoglia motivo la sola proprietà utile, chi lo comprò col patto della ricompera pel venditore, quegli la proprietà del quale dee cessare per qualche con-

Digitized by Google

presso noi non esistono, che chi gli ha accordato quella servitù era proprietario o possessore dell' immobile da essa aggravato, con ragione temporanea ossia soggetta ad essere risoluta, risoluto il diritto di chi gliel' ha accordata, la servitù cessa da sè.

Per la ragione dei contrarii quando il terzo a vantaggio del quale è stata conceduta la servitù non abbia potuto (secondo altri, non abbia dovuto) nel suddetto modo conoscere che chi a carico di un immobile gliel' ha accordata ne era proprietario o possessore con ragione temporanea ossia risolubile, risoluto il diritto di chi gliel' ha accordata, la servitù continua a sussistere.

Per maggiore evidenza mi permetto di addurre alcuni esempii.

a) Voglio acquistare una servitù prediale a carico di un immobile altrui.

Per essere cauto deggio esaminare i titoli di proprietà e di possesso di chi me la concede.

Esaminatili rilevo, possedere egli l' immobile per titoli che lo costituirebbero proprietario pieno ed assoluto di esso, quando però si estendessero a tutto il tempo necessario ad usucapire.

Ma rilevo che quella proprietà e possesso non si estendono a tutto quel tempo.

Posso e deggio dunque conoscere essere chi mi costituisce la servitù bensì possessore di buona fede, ma non escludere i titoli che altri sia vero proprietario dell' immobile e che possa quindi rivendicarlo.

Malgrado tale conoscenza acquisto la servitù.

Acquistatala, sorge in tempo il vero proprietario e rivendica l' immobile, che ne è aggravato, dal possessore di buona fede.

La mia servitù cessa perchè dai titoli ho potuto e dovuto conoscere che il diritto di chi me l' ha costituita poteva essere, al presentarsi del vero proprietario dell'immobile da essa aggravato, risolubile.

b) Dall' esame di quei titoli mi convinco che quegli che vuol accordarmi sul suo immobile una servitù prediale n' è proprietario pieno ed assoluto, giacchè essi rimontano a tutto il tempo della usucapione ed oltre.

Acquisto la servitù.

Ma nel tempo intermedio, vale a dire in alcune ore trascorse dopo l' esame dei titoli e prima che mi fosse costituita quella servitù, quel pieno ed assoluto proprietario dell'immobile ne aveva trasferito in altri la proprietà diretta, e senza che il nuovo direttario nulla ne sapesse mi aveva occultato il trasferimento. Io non poteva in nessun modo conoscerlo nemmeno esaminando all'ultimo istante i libri censuarii, perchè il dominio diretto nuovamente conceduto ad altri, da essi non appariva e l'utilista naturalmente era rimasto al possesso dell' immobile.

Dopo acquistata da me in tal modo la servitù, si verifica la consolidazione dell' utile col diretto dominio nel direttario.

Allora egli sorge e chiede che la mia servitù venga dichiarata estinta per essere cessato il diritto risolubile di chi me l' aveva conceduta.

Gli oppongo i titoli che ho esaminato e provo che non ho potuto nè dovuto in alcun modo conoscere nè prima nè all' atto dell' acquisizione della servitù il trasferimento della proprietà diretta che mi era stato occultato.

Chieggo in base al § 527 che la mia servitù in tale stato di cose debba continuare a sussistere.

Mi pare che per quel § essa debba sussistere.

Infatti io non ho potuto nè dovuto conoscere l' occultatomi trasferimento della proprietà diretta, il diritto meramente temporaneo ossia risolubile di colui che mi ha accordato la servitù. Questa non deve dunque cessare.

Nè a farla cessare vale che il nuovo pieno proprietario dell' immobile da essa aggravato neghi di essere stato inconsapevole dell' occultamento del titolo che gli aveva

Digitized by Google

Il § 527 risponde a tutto.

Io non ho nè potuto in alcun modo nè dovuto conoscere che il diritto di chi mi ha costituito la servitù fosse temporaneo ossia risolubile. Ciò essendo, essa deve a mio vantaggio continuare a sussistere.

A questo proposito però onde evitare ogni equivoco osservo, che quando ho parlato della divisione del dominio in diretto ed utile ho parlato della sola divisione di esso fondata nel vigente Codice civile. Non ho parlato di quella che può dipendere dalle relazioni di feudo.

I feudi sono pel § 359 regolati dal particolare diritto feudale.

Ora pel titolo 8.° libro 2.° delle consuetudini feudali contenute nel corpo del diritto comune, le servitù concedute su un immobile feudale dal vassallo, cessano in tutt' i casi in cui quell' immobile ritorni al signore.

Nel caso di feudo quindi non sembrami applicabile la distinzione fondata nel § 527 del Codice civile austriaco.

c) Il titolo di acquisto di chi sul suo immobile vuol costituirmi una servitù prediale, che mi faccio esibire e che esamino, non porta, secondo il § 935 del Codice austriaco, la rinuncia alla lesione per parte del venditore.

Quella lesione però esiste.

Sussistendo, il venditore ha pel § 934 il diritto di far rescindere la vendita e di far restituire le cose nel pristino stato.

È vero che a primo aspetto io non mi accorgo ch' essa sussista.

Ma per acquistare cauto la servitù deggio vedere se sussista o no.

Posso giungere a tal conoscenza, facendo, ove occorra, rilevare da periti il vero valore dell' immobile.

Nol faccio, ed acquisto su quell' immobile la servitù.

Quel contratto di vendita viene in tempo dal venditore attaccato per lesione.

Questa viene dichiarata.

Il compratore non fa sussistere il contratto, pagando il supplimento all'ordinario valore.

Risoluta la vendita l' immobile torna in proprietà del venditore.

Vi ritorna esso esente dalla mia servitù?

Mi pare di sì.

Io mediante la suddetta perizia poteva e doveva conoscere che il titolo di chi sul suo immobile me l' ha costituita era soggetto a lesione, che quindi fondava un diritto temporaneo ossia risolubile pel proprietario di quell' immobile.

Dunque pel § 527 la mia servitù è cessata.

d) Io voglio acquistare una servitù prediale su un immobile di una eredità.

Chi n' è al possesso mi prova la sua qualità di erede col decreto di aggiudicazione della eredità nella quale quell' immobile è compreso.

Su quella base acquisto la servitù, senza sospettare in nessun modo che altri esser possa vero erede.

Dopo acquistata, sorge il vero erede, e provando essere l' altro soltanto erede apparente rivendica da esso l' immobile aggravato dalla mia servitù.

Lo rivendica esente da essa facendola cessare?

Mi pare di no.

Io ho potuto e dovuto, specialmente non avendo sospetto che la cosa fosse diversa, ritenerlo vero erede sulla base e fiducia del giudiziale decreto di aggiudicazione.

Quel decreto di aggiudicazione mi liberò dall' obbligo d' indagare in altro modo se per avventura ci fosse soltanto erede apparente e se esistesse un vero erede.

D' altronde non sospettando in alcun modo la esistenza di quel vero erede posso dire che non poteva nemmeno conoscere quella circostanza.

Io non doveva dunque nè poteva conoscere che il diritto sull' immobile di quello che mi aveva accordato la servitù fosse meramente temporaneo ossia risolubile per l' apparire di un vero erede.

Dunque pel § 527 la mia servitù sussiste.

Sussiste anche in forza al § 824 del Codice civile austriaco.

Per esso il terzo che possiede in buona fede una cosa acquistata dalla eredità nel tempo intermedio, cioè fra il decreto che l' ha aggiudicata e la domanda di rivendicazione per parte del vero erede, non è responsabile verso nessuno.

Digitized by Google

Io possiedo la mia servitù acquistata in buona fede della eredità, cioè dall' erede aggiudicatario di essa che la rappresenta.

Infatti credo mia quella servitù per motivi verisimili secondo il § 326, perchè la ho acquistata da chi in forza al decreto di aggiudicazione era per me il vero erede e perchè non aveva alcun sospetto che nol fosse.

Non sono per quella servitù responsabile verso nessuno.

Cioè la mia servitù non può dal vero erede essere fatta cessare.

Invano ei sosterrebbe che poteva rivendicare dall' erede apparente l' immobile, che questi lo possedeva con diritto meramente temporaneo ossia risolubile, che risoluto il diritto dell'erede apparente, anche la servitù da lui conceduta doveva risolversi e cessare.

Il modo col quale ho acquistato la servitù, i §§ 527, 824 distruggerebbero quelle sue obbiezioni.

Due sentenze conformi di II e III Istanza riportate al n. 25 del 1851 dell' *Eco dei Tribunali Sezione seconda*, confermarono il principio che le ipoteche acquistate contro un erede apparente munito del decreto giudiziale di aggiudicazione della eredità deggiano in base al § 824 essere sopportate dal vero erede che abbia rivendicato l' immobile da esse aggravato da quel primo erede, quando non vi abbia dubbio sulla buona fede di chi le ha acquistate.

Lo stesso, a parer mio, valer deve anche per le servitù prediali.

A questo proposito merita attenzione l' articolo contenuto nel suddetto giornale al n. 68 del 1852.

La cosa però muterebbe di aspetto se acquistassi la servitù, da chi si fosse bensì dichiarato erede, ma non avesse ancora ottenuto il decreto dell' aggiudicazione della eredità alla quale appartiene l' immobile aggravato.

Senza quel decreto io non posso considerarlo come il vero erede.

A rigore non è nemmeno erede apparente.

Posso e deggio conoscere che fuori di lui vi può essere un vero erede.

Posso e deggio conoscere non aver egli diritto sull' immobile e che se ne avesse, quel suo diritto può essere veramente temporaneo e risolubile quando sorga quel vero erede.

Quindi se avessi acquistato la servitù dall' erede dichiarato e non aggiudicatario, essa all' apparire del vero erede dovrebbe cessare.

e) Finalmente acquisto una servitù prediale su un immobile pervenuto al possessore di esso per donazione tra vivi in piena regola.

Dopo acquistata, il donatario si rende, secondo il § 948 del Codice austriaco, colpevole di grave ingratitudine verso il donante.

La donazione viene rivocata ossia risoluta secondo il § 949.

Il donante riprende l' immobile donato.

Qui ha luogo risoluzione del diritto del donatario sull' immobile.

Risoluto così il diritto di chi mi ha conceduto la servitù, è risoluto contro di me anche il diritto di essa?

Ossia riprendendo il donante l' immobile donato, lo riprende esente o no dalla mia servitù?

Questa dee o no cessare?

Mi sembra di no.

Essendo pel § 946 quella donazione in regola irrevocabile, il donatario ha nello stesso modo acquistato irrevocabilmente l' immobile, ed io ho acquistato da lui pure in regola irrevocabilmente la servitù.

All' atto dell' acquisto io non doveva nè poteva conoscere che il donatario in futuro si renderebbe colpevole di grave ingratitudine verso il donante, che la donazione diverrebbe per eccezione rivocabile, e sarebbe rivocata, e che il donatario perderebbe la proprietà dell' immobile.

Non doveva nè poteva conoscerlo perchè nessun uomo è dotato della prescienza dei fatti futuri.

Se non poteva nè doveva conoscere la futura ingratitudine e quindi il diritto risolubile del donatario sull' immobile, avvenuto il fatto della ingratitudine e della risoluzione del diritto, il § 527 mi assiste e la mia servitù non deve cessare.

Digitized by Google

Ma suppongo anche che dovessi sapere che per legge la donazione nel caso di futura ingratitudine del donatario poteva essere rivocata.

Anche in questo caso mi sembra, che la servitù da me acquistata, avvenuto il caso della risoluzione, non debba cessare.

Pel § 949 il donante non ha diritto di rivocare la donazione se non contro al donatario ingrato ed agli eredi di esso, ed in quanto rimanga presso essi qualche cosa in natura od in valore di ciò che è stato donato.

Lo Zeiller ed il Nippel nei loro commenti a questo § dicono, che l' azione di rivocare la donazione è personale e non è esercibile dal donante contro il terzo possessore della cosa donata.

Dunque se il donatario, prima di rendersi colpevole d' ingratitudine, mi avesse trasferito la proprietà dell' immobile donatogli, il donante facendo rivocare la donazione non potrebbe privarmi di quell' immobile divenuto incontestabilmente mio.

Ma il donatario concedendomi su quell' immobile una servitù mi ha conceduto un diritto su esso che ha distaccato dalla sua proprietà.

Sembrami che per la stessa ragione per cui il donante non potrebbe privarmi della proprietà dell' immobile, non possa nemmeno privarmi del diritto che ho acquistato su esso, non possa quindi far cessare la mia servitù.

I miei lettori avranno notato, aver io chiamato *terzo* quel possessore di un immobile, al quale chi possiede o gode altro immobile a titolo risolubile, ha accordato su questo ultimo immobile una servitù.

L' ho chiamato *terzo* perchè in questo caso essendo in relazione di diritto fra esse tre persone, quella cioè che può far valere la risoluzione del diritto, quella che può soffrirla, e quella che ha acquistato la servitù sull' immobile posseduto o goduto a titolo risolubile, questa ultima in confronto alle altre due è una terza persona.

Così il Troplong nel trattato delle ipoteche § 468 ha chiamato *terzo* colui cui l' erede apparente che soffre evizione da parte del vero erede ha durante il suo godimento accordato ipoteche.

Così il Pardessus nel trattato delle servitù § 217 ha chiamato *terzi* coloro ai quali chi aveva la proprietà risolubile di un immobile ha accordato su questo immobile delle servitù.

Ho detto pure che pel § 527 del Codice austriaco, il terzo che ha acquistato su un immobile da altri posseduto o goduto con titolo risolubile, una servitù dee soffrire di vedersela all' atto della risoluzione di quel titolo cessare, quando abbia potuto (altri dicono dovuto) conoscere il diritto temporaneo ossia risolubile di chi gliel' ha conceduta.

Quella conoscenza dee essere anteriore, ovvero posteriore alla costituzione della servitù?

Quel § dice cessare la servitù quando il possessore di essa *abbia potuto*, non già quando *possa* avere quella conoscenza.

Le parole *abbia potuto* si riferiscono al passato e non al futuro.

Dunque la conoscenza dee esistere prima e non dee essere fatta dopo la costituzione della servitù.

Infatti chi vuole acquistare sicuramente una servitù dee prima della costituzione di essa accertarsi in ogni possibile modo ch' essa non sia per avventura risolubile.

Se ha trascurato quel dovere e se l' ha acquistata soggetta a risoluzione, lo ha fatto per sua negligenza, per sua colpa.

La conoscenza posteriore della risolubilità di essa non può nè dee far diventare irresolubile ciò che fu acquistato risolubile.

B. Le servitù prediali si estinguono per la risoluzione del diritto di coloro a van-

Digitized by Google

sano in ogni caso.

Il § 527 del Codice austriaco dice che se la servitù era limitata a tempo, essa passato questo tempo cessa da sè, quando il possessore di essa ha potuto (dovuto) in qualche modo conoscere quella limitazione.

Per la ragione dei contrarii se non ha potuto (dovuto) conoscere il tempo a cui era limitata, continua a sussistere.

Pel suddetto § la servitù in questi casi si estinguerà o no secondo quello che ho detto a proposito di una servitù costituita su un immobile da chi lo possedeva o godeva con diritto temporaneo ossia risolubile.

Digitized by Google

CAPUT XXV.

DE SPECIEBUS SERVITUTUM URBANARUM.

I. *Species servitutum urbanorum praediorum quot sint.* — II. *Servitus non est, ubi quis nihil concedit, aut permittit in suo, exceptis casibus a legibus constitutis.*

Exposuimus hactenus de generibus servitutum, et de his quae omnibus servitutibus, et praesertim rusticis et urbanis simul conveniunt: nunc superest, ut hoc libro 1. de urbanis tantum servitutibus, et de ipsarum speciebus videamus.

I. *Species servitutum urbanarum* (*) *sunt plures altius tollendi et officiendi luminibus vicini, aut non extollendi. Item stillicidii avertendi in tectum, vel aream vicini, vel non avertendi. Item immittendi tigna in parietem vicini. Item projiciendi et protegendi. Item etiam est servitus, ne prospectui officiatur. Item servitus luminum et his similia* (1). *Item servitus est, ut prospectus praestetur* (2). *Item oneris ferendi, ut vicinus onera vicini sustineat* (3). *Item itineris seu aditus* (4). *Item ubicumque quis concedit vel promittit aliquid pati, aut non facere in fundo suo urbano: vel me faciente non prohibere pro alio urbano fundo meo, ubi de jure pati aut non facere tenetur, vel me facientem*

(1) *Ut est text. in l. 1. 2. et 3. de servitut. urban. praedior.*

(2) *Ut l. lumen, eod. tit. et not. Azo in sum. de servitut. § fin. autem.*

CAPO XXV.

DELLE SPECIE DELLE SERVITÙ URBANE.

I. Quante sieno le specie delle servitù urbane prediali. — II. Non v'ha servitù quando alcuno nulla concede o permette nel suo, eccettuati i casi stabiliti dalle leggi.

Trattammo finora dei generi delle servitù e di quelle cose che a tutte le servitù, e specialmente alle rustiche ed urbane insieme, appartengono; resta adesso che in questo primo libro parliamo delle servitù urbane soltanto e delle loro specie.

I. Parecchie sono le specie delle urbane (*) servitù: di erigere più alto e tor la vista al vicino, o di non alzare; così pure di volgere lo stillicidio sopra il tetto o l'area del vicino e di non volgerlo; d'immetter travi nel muro del vicino; di gettare e di sporgere all'infuori. Così pure è servitù urbana quella di non torre il prospetto; così quella della luce e le altre simili; quella di dare il prospetto; quella di sopportare il peso, in guisa che il vicino sostenga i carichi dell'altro vicino, e quella di passaggio o di accesso. Così pure in tutti que' casi nei quali alcuno o concede o promette di soffrir qualche cosa, o di non fare qualche cosa nel suo fondo urbano; o di non proibire ch'io faccia alcunchè a vantaggio d'un altro fondo urbano che mi appartiene; ne'quali in somma è obbligato per diritto a soffrire, o a non fare, o può

(3) *L. eum debere columnam, de servit. urban praed. Instit. de serv. § item praedior.*

(4) *Ut l. servitutes, § si domo de servit. urb praed. et l. iter. communia praed.*

Digitized by Google

prohibere posset, dicitur esse servitus urbana: quia aedificiis inhaeret (1).

II. *Sed ubi quis nihil concedit aut permittit aliquid in suo: regulariter non est servitus, nisi in casibus in quibus ab ipsa lege constituta dicitur, quando area vicini non haberet aliunde ventum, nisi ex illa parte* (2); *addde singulariter, ac etiam sicut est in agri natura, quae est, semper inferiorem superiori servire* (3), *et ista est quasi servitus* (4). *Sed quoniam servitutes urbanae dicuntur, quando debentur a praedio urbano alteri praedio urbano, vel a rustico* (5), *ideo singulis prius dictis servitut. nominatis per ordinem declaratis, postea secundum statutum urbani aedificii domum figurando pro meliori ordine et clariori doctrina, omnes urbanas servitutes declarare constituimus in qua quidem domo, si quid fieri potest, aut non potest, declarabimus, de solo aut area ejus primum exponendo, deinde de pariete sive muro, de stillicidio sive tecto, de ostio sive porta, de aditu sive itinere, et introitu, de claustro, seu conclavi, seu porticu, de penu, de curia, de puteo et cisterna, et de lavello, de cloaca, de fistula, de fornace, de fornello, de balneo sive stupha, de furno, de scala, de solario, de tigno injuncto, de onere ferendo, de ponticello, de maniano, de fenestra sive balcone, de camino, de necessario sive loco communi, de cellario, et aquarolo sive canali: de aquae projectu, et aquae ductu et aliarum rerum, de picturis, de crustationibus, de armatura quae machina dicitur, de stabulo et sterquilinio, de macerie, de lapidibus, de tignis, de fovea et arboribus, et ultimo de sepulchro videbis.*

(1) *Ut probatur in l. quoties, 15. in fin. de serv. conjuncta l. et si forte, § etiam si servitut. vendit. et l. 1. commun. praed. et Instit. de servit. urban. praed. cum simil.*

(2) *Ut est casus singularis in l. fin. § 1. C. de servitut. et dixi supra in 8. quaestion. princip. vers. ult.*

proibire ch'io faccia; dicesi esistere servitù urbana, perch' è congiunta agli edificii.

II. Ma quando alcuno nulla concede o permette si faccia nel suo fondo, non v' è di regola servitù, tranne in qu' casi ne' quali si dice costituita dalla stessa legge, come allorchè l' area del vicino non avesse aria d' altra parte se non da quella; ed aggiungi singolarmente, com' è della natura de' terreni, che l' inferiore dee sempre servire al superiore; e questa è una quasi-servitù. Ma poichè le servitù si appellano urbane, quando son dovute da un fondo urbano ad un altro urbano o ad un rustico, così dopo aver in primo luogo particolarmente ed ordinatamente spiegate le dette nominate servitù, indi rappresentata una casa in tutto ciò che è richiesto da un urbano edifizio, sì per miglior ordine che per più chiaro insegnamento, ho determinato di spiegare tutte le servitù urbane. Nella qual casa appunto che cosa far si possa o tralasciare si debba, sarà da noi dichiarato, primamente trattando del suolo o dell' area, poscia della parete o del muro, dello stillicidio o del tetto, dell' uscio o della porta, dell' accesso ossia del passaggio od entrata, del chiostro ossia conclave, ossia portico, della cantina, della corte, del pozzo, della cisterna e del lavatojo o guazzatojo, della cloaca, del condotto, della fornace, del fornello, del bagno ossia della stufa, del forno, della scala, del solajo, del trave imposto, del peso da sopportarsi, del cavalcavia, del poggiuolo, della finestra ossia del balcone, del cammino, del cesso o latrina, dello scolatojo ed acquaiuolo ossia canale, del gettito dell' acqua, dell' acquidoccio ed altre cose, delle pitture, delle incrostature o musaici, dell'armatura che si appella macchina, della stalla, del letamajo, della maceria, dei sassi, del fosso e degli alberi, e finalmente del sepolcro (*a*).

(3) *Ut est text. in l. 1. § denique ager. de aq. pluv. arg.*

(4) *Ut est text. in d. l. 1. § fin. et not. gloss. in d. l. 1. § denique ager.*

(5) *Ut dixi supra in 4. divisione principali servitutis versic. sed quomodo cognoscatur, et aedificiis inhaerent, ut supr. proxime dixi.*

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO XXV.

(*a*) Qui l'autore incomincia a parlare di molte specie delle servitù urbane.

Ho portato la definizione della servitù urbana in genere secondo i Codici Napoleone ed austriaco nell' annotazione *a* del Capo XI.

Veggasi poi ciò che intorno alle specie molteplici di essa ho detto nell' annotazione *a* del Capo IX.

L' autore dice che quando taluno nulla sul suo fondo conceda o permetta, non havvi servitù, eccettuati i casi nei quali la stessa legge l' ha costituita.

Vale a dire: ove non abbiavi per parte mia consenso espresso o tacito di tollerare o di non fare qualche cosa sul mio fondo a vantaggio dell' altrui, non havvi servitù prediale costituita per fatto dell' uomo.

Quando poi io sul mio fondo tollerar debba qualche cosa a vantaggio del fondo altrui o in forza alla situazione naturale dei due fondi, come nel caso da me citato nell' annotazione *a* del Capo XIX dell' esito da darsi dal terreno inferiore alle acque naturalmente scolanti dal superiore, od in forza ad obbligazione impostami dalla legge, come nei casi ivi pure accennati dell' acquidotto coattivo, e dei marciapiedi o sentieri sulle sponde dei fiumi navigabili od atti a trasporto, allora havvi indipendentemente da ogni mio consenso servitù prediale appunto per quella naturale situazione dei luoghi o per quella obbligazione che ha imposto la legge.

Digitized by Google

CAPUT XXVI.

DE SERVITUTIBUS ALTIUS TOLLENDI ET OFFICIENDI LUMINIBUS VICINI.

I. *Servitutes urbanae quaedam sunt affirmativae, quaedam negativae: rusticae autem omnes affirmativae sunt, ut ire, agere etc.* — II. *Domum multum delectabilem non habere, vel ut vicinus suam altius elevet, quomodo nostra intersit.* — III. *Jura praediorum non solum servitutes existunt, sed etiam libertates.*

Dicamus itaque primo de servitute altius tollendi et officiendi luminibus vicini, aut non extollendi. Et secundum veram opinionem istae sunt duae servitutes. Una est altius tollendi et officiendi luminibus vicini: id est, quod quis teneatur ad altius tollendum et officiendum luminibus vicini. Alia est, altius non tollendi: id est, quod non possit altius tollere (1).

I. *Ex quo not. quod servitutes urbanae quaedam sunt affirmativae, quaedam negativae, sed rusticae omnes sunt affirmativae tantum, ut ire etc.* (2). *Et si dicatur, quomodo potest dici mihi deberi servitus, et vicinus altius tollat, et mihi seu luminibus meis officiat? immo ista videtur esse libertas vicini, et servitus mea passive. Nec videtur posse dici, quod mihi servitus debeatur: ex quo mihi et praedio meo non quadet, immo nocet* (3).

CAPO XXVI.

DELLA SERVITÙ DI LEVARE PIÙ ALTO E DI TORRE LA LUCE AL VICINO.

I. Delle servitù urbane altre sono affermative, altre negative; le rustiche poi son tutte affermative, come passare, condurre ecc. — II. Come ci giovi il non avere una casa molto dilettosa, ovvero che il vicino levi più alta la sua. — III. I diritti dei fondi sono non solamente servitù, ma eziandio libertà.

Parleremo adunque primieramente della servitù d'innalzare e di torre la luce al vicino, oppure di non innalzare. Giusta la vera opinione, queste sono due servitù: l'una è di levare più alto e d'impedire la luce al vicino, cioè che alcuno sia obbligato ad alzare la sua casa ed a torre la luce al vicino; l'altra è di non levare più alto, cioè che alcuno non possa ergere maggiormente la sua casa.

I. Dal che proviene il notabile: che le servitù urbane sono in parte affermative, in parte negative, ma le rustiche sono tutte e solamente affermative, come il passaggio ecc. (*a*). E se si opponesse: Come può dirsi che a me sia dovuta la servitù, che il vicino levi più alto e m'impedisca, oppure mi tolga la luce, se questa piuttosto sembra essere libertà del vicino e servitù mia passiva? Nè pare possa dirsi che alcuna servitù mi si debba dacchè nè giova a me, nè al mio fondo;

Digitized by Google

luminibus meis, et pro hoc non possit dici mihi debita servitus active: tamen potest in aliis mihi expedire: ut quia plures homines veniebant ad me, et faciebant expensas.

II. *Ex quo not. quod aliquando interest nostra, non habere domum multum delectabilem propter amicorum concursum, qui sunt causa magni sumptus: sicut saepissime vidi evenire habentibus pulchras domos cum viridariis. Sed Barthol.* (1) *declarat etiam aliter, quomodo potest nostra interesse, ut vicinus altius elevet domum suam: et pone exemplum propter ventum, scilicet ne domus mea sentiat ventum: quia aliquando sum male sanus: vel propter aspectum, quia forte transeuntes per viam possent aspicere, si via erat alta, et domus mea depressa: quia si vicinus est in medio, et aedificet altius, euntes per viam non poterunt amplius in domo mea videre: vel mea poterit interesse ut habeatur lumen ex reverberatione magis quam per directum* (2). *Sed istud exemplum est bonum, quantum ad altius tollendum, non quantum ad officiendum luminibus, quia imo prodesset, non officeret. Item potest poni exemplum secundum Angel.* (3) *ut intersit nostra, ut noceat luminibus: ut quia erat domus mercatoris, scil. quae tanto lumine non indiget, imo ei noceret: ut vidimus in apothecis mercatorum communiter et maxime Venetiis apud vellutarios. Item potest poni aliud exemplum, consuetudo est vel statutum, ut nemo possit aedes suas vel turres habere levatas, nisi usque ad certam mensuram, invito vicino* (4), *quae habetur de statuto Florentiae* (5). *Vicinus concessit mihi, quod possim altius tollere et nocere luminibus suis: certe si tollerem altius, et ejus luminibus nocerem, et vicinus me prohiberet, possem agere actione confessoria, ut mihi liceat aedes meas vel turres altius tollere, et sibi nocere: quia servitus vicino est imposita, et mihi per pactum acquisita contra statutum vel consuetudinem: et in hoc exemplo servitus dicitur deberi active volenti aedificare in alia parte [illegible]*

essa nuoce alla luce e perciò non possa chiamarsi servitù a me dovuta attivamente, nondimeno può giovarmi in altri riguardi, per esempio, perchè parecchie persone venivano a me e faceano loro spese.

II. Dal che procede il notabile: che talvolta ci giova non avere una casa troppo dilettosa in riguardo alla concorrenza degli amici, che sono cagione di grave dispendio; come spessissimo vidi accadere ai possessori di belle case con giardini. Ma Bartolo indica ancora altri motivi pei quali può giovarci che il vicino levi più alto la sua casa, verbigrazia: per il vento, cioè, perchè la mia casa sia riparata dal vento, atteso che talvolta sono malato: o per l'aspetto, perchè forse quelli che passano per la via potrebbero guardarvi dentro, se la strada foss'alta e bassa la mia casa; imperocchè se il vicino stia nel mezzo e fabbrichi più alto, quelli che passano per la strada non potranno più vedere nella mia casa; o perchè può giovarmi l'avere il lume piuttosto di riverbero che dirittamente. Ma quest' esempio è buono rispetto all' innalzare, non già all' impedire la luce, perchè anzi gioverebbe che non fosse impedita. E però si può dare un esempio, secondo Angelo, nel quale giovi che sia impedita la luce; come quando la casa fosse di un mercadante, vale a dire che non abbisognasse di troppa luce, chè anzi gli nuocerebbe; come vediamo ordinariamente nelle botteghe de' mercanti e specialmente in Venezia presso i vellutai. Così pure può offrirsi un altro esempio. È consuetudine o statuto che nessuno possa innalzare le sue case o torri se non ad una certa altezza, senza licenza del vicino: come è stabilito nello statuto di Firenze. Il vicino mi concesse che io possa ergere più alto ed impedirgli la luce; certamente se io alzassi la mia casa e nuocessi alla sua luce, ed egli me lo vietasse, potrei agire coll' azione confessoria, onde mi fosse permesso d' innalzare le mie case o torri e nuocere a lui; perchè la servitù fu imposta al vicino ed acquistata a me per patto derogante allo statuto od alla consuetudine; e in questo esempio la servitù si dice esser dovuta attivamente a chi [illegible]

Digitized by Google

onera domus meae sustinere (1), *licet in alio nocere, scilicet luminibus meis, et hoc exemplum ponit gloss.* (2). *Sed huic opin. quod jus altius tollendi et officiendi sit servitus, obstat secundum Odofr. et Ang.* (3), *quia non reperitur servitus affirmativa, per quam quis compellitur ad aliquid faciendum* (4), *cum in eis versatur aut non fieri, aut pati, ut ibi supra dixi sustinendo istam opin. dicas secundum Angel.* (5), *quod non principaliter, sed in consequentiam sic* (6), *et dixit quod credit Odofr. illa sensisse, et bene, vel secundum exemplum ultimum de onere ferendo quod supra dedi, cesseret istud contrarium* (7), *potest etiam esse, quod jus tollendi et officiendi luminibus vicini sit libertas, et non servitus, videlicet quem posse et non teneri altius tollere, et luminibus vicini officere* (8), *jus est quod dicitur libertas, et non servitus: et ita debet intelligi gloss.* (9), *quae appellat istud jus libertatem.*

III. Et *sic not. quod jura praediorum non solum sunt servitutes, sed libertates: et propterea multae leges positae* in tit. de *servitut. urban.* praed. *loquuntur de libertate defendenda: de qua plura videbitis in declaratione domus supra proxime figurata. Sed teneri ad altius tollendum et officiendum luminibus vicini: istud est servitus de qua loquitur* d. l. 4, *et non est libertas, secundum Odofr. ibi, quem sequitur Ang. et Paul. de Castr. et Dd. et bene* (10). *Caetera circa istam servitutem et libertatem altius tollendi et officiendi luminibus vicini, vide etiam* in qu. seq. *et plenius dicetur de pariete sive muro etc.*

(1) *Juxta l. eum debere columnam, de servitut. urban. praed.*

(2) *Instit. de actib.* § *aeque, in versic. aedes suas tollend. in fin.*

tenuto ad innalzare la sua fabbrica e sostenere il peso della mia casa, benchè in altra parte mi nuocesse, cioè m' impedisse la luce; e questo esempio è posto dalla glossa. Ma all' opinione che il diritto di levar più alto e d' impedire, sia servitù, osta, secondo Odofredo ed Angelo, la considerazione, che non si trova servitù alcuna affermativa, per la quale taluno sia costretto a far qualche cosa, essendochè nelle affermative si tratti o di non fare o di non soffrire, come dissi di sopra. Sostenendo questa opinione dirai, secondo Angelo, che non già principalmente, ma sibbene nelle conseguenze sia servitù; e lo stesso Angelo stima avere Odofredo pensato in questo modo e bene. Ovvero, giusta l' ultimo esempio di sopportare il peso, che diedi sopra, questa contrarietà sparirebbe (*b*). Può avvenire eziandio che il diritto d' innalzare e di torre la luce al vicino, sia libertà e non servitù, cioè che alcuno possa alzare e torre la luce, ma non vi sia obbligato; e questo è diritto che s' appella libertà; ed in tal guisa dev' essere intesa la glossa, che chiama libertà questo diritto.

III. Perciò dee notarsi che i diritti dei fondi sono non solamente servitù, ma libertà; e però molte leggi poste nel titolo *De serv. urb. praed.* parlano della libertà da difendersi, intorno la quale vedrete più cose nella spiegazione della casa immaginata di fresco più sopra. Ma l' essere obbligato ad innalzare ed a nuocere alla luce al vicino, questa è la servitù di cui parla *la legge* 1.ª, e non è libertà, giusta Odofredo, il quale è seguito da Angelo, da Paolo Castrense e dai Dottori, ed a buon diritto, come apparisce da quello che sopra ho detto. Il restante circa questa servitù e libertà d' innalzare e di torre la luce al vicino, lo vedrai eziandio nel *seguente capo*, e più compiutamente ne sarà trattato nel capo della *parete* ossia del *muro* ecc. (*c*).

(6) *L. eum debere col. de servitut. urbanor. praedior.*

(7) *D. l. eum debere columnam, et L. si forte, ff. si servit. vendit.*

Digitized by Google

Le servitù cioè sono affermative quando il possessore di un fondo tollerar dee su esso qualche cosa che il possessore di altro fondo ha diritto di farvi.

Sono negative quando il possessore di un fondo tralasciar dee su esso alcuna cosa che altrimenti starebbe in sua libertà di fare.

Le servitù urbane enumerate nel § 475 sono tutte affermative.

Le servitù urbane enumerate nel § 476 sono tutte negative.

Le servitù rustiche enumerate nel § 477 sono tutte affermative.

Il Codice austriaco, oltre alle regole generali sulle servitù prediali urbane e rustiche, ha enumerato le specie ordinarie, principali di esse dando anche alcune regole particolari su quelle specie.

Il Codice Napoleone dà regole generali sulle servitù prediali stabilite per fatto dell' uomo, sieno poi urbane o rustiche. Ma non ne enumera specie nè dà regole particolari su ogni specie.

(*b*) L' autore qui parla della servitù *altius tollendi et officiendi luminibus vicini.*

Questo è il luogo di esaminare, se l' obbligo che uno avesse assunto di ergere più in alto il proprio edifizio a vantaggio dell' altrui, e di togliere col proprio edifizio la luce all' altrui sia veramente o no pei Codici Napoleone ed austriaco servitù.

Pel Codice austriaco mi sembra di no.

Infatti pei §§ 472, 482 in forza al diritto di servitù il proprietario o possessore riguardo alla cosa su cui ha proprietà o possesso è obbligato o a tollerare o a non fare qualche cosa a vantaggio altrui.

Chi per obbligo assuntone erge più in alto il proprio edifizio a vantaggio dell'altrui, e toglie col suo all'altrui edifizio la luce, non tollera che altri faccia, nè si astiene dal fare, ma invece fa egli stesso sul suo fondo una cosa a vantaggio del fondo altrui.

Ora consistendo la servitù non già nel fare ma nel tollerare o nel non fare per parte dell' obbligato, ne viene che quando uno per obbligo ergendo più in alto il proprio edifizio o togliendo col suo all' edifizio altrui la luce faccia una cosa a vantaggio del fondo altrui sul proprio, quel suo fare non è veramente servitù.

Gli obblighi poi che taluno avesse assunti di ergere più in alto il proprio edifizio a vantaggio dell' altrui, di togliere col suo all' altrui edifizio la luce, non mi sembrano pel Codice austriaco vere servitù anche per un altro motivo.

Non mi sembrano tali cioè pel motivo che mentre il § 476 di quel Codice qualifica servitù gli obblighi di non ergere più in alto la propria casa, di non abbassarla, di non togliere all'edifizio dominante luce, aria, prospetto, il Codice stesso in nessuna parte qualifica servitù gli obblighi opposti di ergere quella casa più in alto, di abbassarla, di togliere all' edifizio dominante quell' aria, quella luce, quel prospetto.

Il chiarissimo Schuster nel suo bel trattato del diritto di fabbricare, dice al § 36 essere questi ultimi fatti emanazioni del diritto di proprietà, diritti di naturale libertà che competono al proprietario senza che abbia bisogno di acquistarli.

Quei fatti non sono dunque servitù quando il proprietario non abbia assunto obbligo di eseguirli.

Ma dato anche che assunto avesse l' obbligo di eseguirli non mi sembrano pel Codice austriaco vere servitù, perchè per esso, come ho detto, la servitù sta nell'obbligo non già di fare, ma di non fare, oppure di tollerare che altri faccia.

Stando invece all' art. 637 del Codice Napoleone sembrerebbe poter essere servitù prediali gli obblighi assunti di ergere più in alto il proprio edifizio a vantaggio dell' altrui, di togliere all' altrui edifizio col proprio luce, aria, prospetto.

Per quell' articolo infatti la servitù è un carico imposto su un fondo per uso ed utilità di un fondo appartenente ad altro proprietario.

Ora gli obblighi che un proprietario avesse assunto di ergere più in alto il proprio edifizio a vantaggio dell' altrui, di togliere all' edifizio altrui col proprio luce, aria, prospetto, sarebbero carichi imposti al proprio edifizio per uso ed utilità dell' edifizio altrui. Dunque sarebbero servitù prediali.

Ma considerando che anche i trattatisti francesi, come p. e. l' autore dell' articolo sulle servitù nel dizionario del Merlin § I, ed il Pardessus trattato delle servitù § 11, partono dal principio tolto al diritto romano, che le servitù consistano sia nella obbligazione del proprietario di un fondo di *soffrire* che altri vi eserciti un diritto, sia nella ob-

Digitized by Google

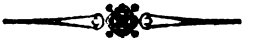
bligazione di quel proprietario di *astenersi* da qualche cosa che altrimenti avrebbe naturalmente diritto di farvi: *Servitutum non ex natura est ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur aut non faciat*, sembrerebbe che i suddetti obblighi cui un proprietario fosse soggetto di ergere più in alto il proprio edifizio, di togliere all' edifizio altrui aria, luce, prospetto, consistendo soltanto nel *fare* e non nel *soffrire*, nè nell' *astenersi* dal fare, nemmeno pel Codice Napoleone fossero servitù.

Che se poi fossero assolutamente servitù farebbero eccezione ai principii ordinarii, che la servitù consista non nel fare ma nel non fare o nel tralasciare di fare, come dice l' annotazione 4.ª al § 240 del suddetto trattato del Pardessus, edizione di Brusselles, società tipografica belgia, 1841.

Sarebbero pel Codice Napoleone servitù irregolari e non regolari.

(*c*) Quando uno non debba per obbligo assuntone alzare di più il proprio edifizio, o torre all' altrui luce, aria, prospetto, ei può farlo e lo fa per la libertà che gli deriva dal suo diritto di proprietà.

Ma se anche avesse assunto obbligo di far tutto ciò, non ancora, per quello che ho detto di sopra, potrebbe dirsi esistere vera servitù specialmente nel senso del Codice civile austriaco.



Digitized by Google

CAPUT XXVII.

DE SERVITUTIBUS ALTIUS NON TOLLENDI.

I. *Servitutem altius non tollendi ille qui debet an possit saltem alte aedificare.* — II. *Servitutem altius non tollendi ille qui debet, an supra eam latitudinem arborem vel aedificium habere possit.* — III. *Servitutem altius non tollendi si mihi debeas cum hac conditione, ne luminibus meis officiatur, quomodo haec verba intelligantur.* — IV. *Servitus altius non tollendi an requirantur, quod semper per vicinum imponatur.* — V. *Statutum loquens quod nullus possit altius elevare, seu tollere aedificium suum, si per illud vicini luminibus noceat, an forensem liget cujus est domus quae altius tolli debet.*

Est et alia servitus altius non tollendi (1); *intelligendo quod de necessitate non possit altius tolli, sed si de voluntate quis non tollat, posset tamen, si vellet* (2), *tunc non diceretur servitus altius non tollendi, sed libertas: sicut de servitute et libertate altius tollendi dixi super hanc quaestionem. Quaedam quaestiones mihi occurrunt, quae utiles sunt.*

I. *Prima est, numquid ille, qui debet servitutem altius non tollendi, posset saltem alte aedificare. Videtur quod sic: quia verbum, altius, est comparativum: ergo alte non prohibetur. Sed dic contra:* ut est text. cum gloss. not. in leg. loci corpus, § pen. in vers. altius, si servitut. vend. *quam tenet Alber. de Ros.* (3).

(1) *Ut leg. 1. de servit. urban. praed. et Inst. de act. § aeque, et leg. altius, et lege aedibus, C. de servit. cum simil.*

CAPO XXVII.

DELLE SERVITÙ DI NON INNALZARE.

I. Se quegli che deve la servitù di non levare più alto, possa nondimeno innalzare la sua fabbrica. — II. Se quegli che deve la servitù di non innalzare possa in quella latitudine tener alberi od un edificio. — III. Se tu mi debba la servitù di non levare più alto, con questa condizione che non mi tolga la luce; in qual modo tali parole debbano essere intese. — IV. Se sia d'uopo che la servitù di non levare più alto sia sempre imposta dal vicino. — V. Se lo statuto che ordina nessuno poter levare più alto od innalzare il suo edificio, qualora con questo impedisca la luce al vicino, obbighi il forastiero la casa del quale dee levarsi più alto.

Altra servitù è quella di non innalzare; e dee intendersi che per necessità non si possa ergere più alto; ma che se alcuno non elevi per sua volontà, tuttavolta lo possa, qualora lo voglia. In tal caso non si direbbe servitù di non innalzare, sibbene libertà, in quel modo che sopra la stessa questione discorsi della servitù e libertà di elevare. Ora alcune quistioni mi si affacciano che riescono utili.

I. La prima è: se quegli che deve la servitù di non levare più alto, possa nondimeno fabbricar alto. E sembra che sì, perchè la voce *più alto* è comparativa: dunque non è vietato il costruir alto soltanto. Ma di' all' opposto secondo il testo e la Glossa della legge *loci corpus § pen. vers. altius, ff. Si serv. vend.*, la quale è seguita da Alberico da Rosate (*a*).

(2) *Juxta dict. leg. altius.*
(3) *In dict. leg. altius, C. de servit. ante fin.*

Digitized by Google

II. *Secunda quaestio est, an ille, qui debet servitutem altius non tollendi, possit habere arborem vel aedificium supra eam latitudinem? Et dicas breviter, quod sic* (1), *et poterit per consequens etiam viridaria facere ultra eam latitudinem* (2), *dummodo servitus non sit de prospectu: quia tunc non posset, et sic not. quod plantatio arborum non est contra servitutem altius non tollendi: quia aliud est aedificare, aliud arborem ponere* (3), *sed plantatio arborum bene est contra servitutem prospectus vel luminum* (4).

III. *Tertia quaestio, si debes mihi servitutem altius non tollendi cum hac conditione, ne luminibus meis officiatur, quomodo intelligantur haec verba? Dic, quod cum illa adjectio fiat per modum accessorii, regulatur a principali; ut in regula accessorium, et intelligitur ne officiatur altius tollendo, et ideo adhuc poteris arbores ponere, et viridaria habere, licet officias luminibus, quia non officio altius aedificando* (5). *Si autem illa adjectio apponeretur copulative per copulam, et ne, et aeque principaliter: puta, promittis mihi servitutem altius non tollendi, et ne luminibus domus meae officias: tunc essent duae servitutes, et non posset ponere arbores, et viridaria facere: quia licet per hoc non facias contra primam servitutem altius non tollendi, tamen diceris facere contra secundam, scilicet ne luminibus officias: et ideo possem te prohibere* (6), *et ita tenet Paul. de Castr.* (7), *quod perpetuo tene menti, ut scias dictare instrumenta hujusmodi servitutum.*

IV. *Quarta quaestio est, an requiratur quod semper servitus altius non tollendi per vicinum imponatur? et videtur quod sic, quia regulariter cuilibet licitum est aedificare domum suam, vel murum, etiam si officiat luminibus vicini* (8). *Tu tamen dicas, quod in duobus casibus reperitur esse constituta ipso jure a lege.*

II. La seconda questione è: se quegli che deve la servitù di non innalzare, possa tenere alberi od un edificio sopra quella latitudine. E tu di' brevemente di sì; e per conseguenza ei potrà formare giardini di là di quella latitudine, purchè la servitù non sia di prospetto, perchè allora nol potrebbe; e perciò dee notarsi, che la piantagione degli alberi non è contraria alla servitù di non levare più alto; essendochè altro è fabbricare ed altro piantar alberi: ma la piantagione degli alberi è bensì contraria alla servitù di prospetto o di luce (*b*).

III. Terza questione: se mi devi la servitù di non ergere più alto, con questa condizione: affinchè non mi tolga la luce, in qual modo s' intendono tali parole? Rispondi: che se quella aggiunta si fa a guisa di accessorio, va regolata dal principale, come l' accessorio nella regola, e s' intende a questo modo: affinchè non sia impedito l' innalzare; e perciò potrai altresì piantar alberi e tener giardini, sebbene tu impedisca la luce, perchè non impedisci di fabbricare più alto. Se però quell' aggiunta fosse apposta congiuntamente mediante la copula *e di non*, ed equamente in modo principale; come: prometti a me la servitù di non ergere più alto e di non torre la luce alla mia casa; ed allora sarebbero due servitù, e non si potrebbero piantar alberi e far giardini; perchè, quantunque con ciò tu nulla faccia contro la servitù di non innalzare, tuttavolta si direbbe che operi in opposizione alla seconda, cioè a quella di non impedire la luce; e però potrei vietartelo. Così ritiene Paolo di Castro; lo che rammenta perpetuamente, onde sappia dettare gli stromenti di questa servitù (*c*).

IV. Quarta questione si è: se sia necessario che la servitù di non erger più alto sia sempre imposta dal vicino? E sembra che sì, perchè di regola è lecito a chiunque fabbricare la sua casa o il suo muro, anche in modo che tolga la luce al vicino (*d*). Tu dirai nondimeno, che in due casi si trova stabilita giuridicamente per legge. Il primo è

Digitized by Google

Primus est quando area non haberet ventum aliunde, nisi per locum, in quo vicinus aedificare vellet (1). *Secundus casus est, quando per consuetudinem vel statutum esset introductum, quod quis non possit aedificare, nisi usque ad certam altitudinem, non ultra, invito vicino* (2), *et vide quae dicam in sequenti quaestione.*

V. *Quinta quaestio est, an statutum loquens, quod nullus possit altius elevare, seu tollere aedificium suum, si per illud noceat vicini luminibus, an statutum liget forensem, cujus est domus, quae debet altius tolli: et dicas quod sic, quando istud jus est descendens ex re, ideo ligatur statuto loci, ubi res est* (3), *et quod dixi de servitute altius non tollendi, ut statutum loquens de ea liget forensem* (*), *idem dicas in qualibet servitute urbana vel rustica: quoniam jus servitutis descendit ex re, et rei cohaeret* (4). *Reliqua circa istam servitutem altius non tollendi, vide infra de pariete sive muro.*

(1) *Ut est casus singul. in leg. fin. § 1. de servit. et dixi supra, circa principium specierum servit. et supra in 8. quaest. princ.*

(2) *Ut habetur per gloss. in l. 1. C. de aedifi. priv. et in d. l. qui luminibus, et dixi in servit. praecedenti.*

(*) *Forensem*: Forensis varijs modis sumitur in jure. Vide Corn. in *consil.* 194. *in* 4. *vol.* et quando forensis ligetur statuto, *cons.* 199. *in* 1. *vol.*

quando l'area non avess' aria da altre parti, fuor che da quella nella quale il vicino volesse fabbricare. Il secondo è quando, o per consuetudine od in virtù di statuto, fosse prescritto che nessuno possa fabbricare se non fino ad una certa altezza, e non oltre, contro voglia del vicino. Circa questo vedi ciò che dirò nella seguente questione (*e*).

V. È quinta questione: se lo statuto che ordina, nessuno poter levare più alto od innalzare il suo edificio, qualora con ciò tolga la luce al vicino, obblighi il forastiero cui appartiene la casa che dev' essere più altamente elevata? Dirai che sì, quando questo sia diritto che proceda dalla cosa; e però egli è obbligato dallo statuto del paese ove la cosa esiste; e quanto dissi circa la servitù di non innalzare, cioè che lo statuto il quale la riguarda, obbliga il forastiero (*), dirai pure intorno a qualsivoglia servitù urbana o rustica; perchè il diritto di servitù discende dalla cosa ed è alla cosa attaccato (*f*). Ciò che resta a dire circa tale servitù di non innalzare, il vedrai allorchè parlerò della *parete* o del *muro*.

(3) *Ut probatur in l. venditor. 13. § si constat, commun. praed. et not. in l. an in totum, C. de aedifi. priv. et in l. cunctos populos, C. de sum. trin.*

(4) *Ut l. 1. communia praed. et Instit. de serv. § praediorum urbanorum, per praedicta, et per not. in d. l. cunctos populos.*

(*) *Forastiero*. Questa voce si adopera in varii modi in diritto. Vedi Corneo, *cons.* 194, *vol.* 4, e quando il forastiero sia obbligato allo statuto, *cons.* 199, *vol.* 1.

ANNOTAZIONI AL CAPO XXVII.

(*a*) La servitù *altius non tollendi* tolta dal diritto romano è quella *ne altius quis tollat aedes suas.*

Cioè è la servitù di non ergere a vantaggio dell' edifizio altrui il proprio edifizio oltre all' altezza attuale od oltre ad una determinata altezza.

Il § 476 del Codice austriaco la chiama la servitù di non ergere più in alto la propria casa.

Per altezza qui intendesi ogni elevazione grande o piccola dell' edifizio dal suolo o da una superficie qualunque.

Perciò non mi pare che possa assolutamente e sempre dirsi che quegli al quale per la servitù *altius non tollendi* è vietato di ergere il proprio edifizio più in alto, cioè oltre all' attuale od oltre ad una determinata altezza, possa però edificar alto.

Ciò a parer mio non può dirsi perchè se p. e. l'edifizio consistesse in un semplice e basso pianterreno, sarebbe veramente basso e non alto. E se mi obbligassi a lasciarlo alla sua attuale altezza ovvero a non oltrepassarla che di poco p. e. di un piede, mi obbligherei a tenerlo basso, comunque mi fossi obbligato a non ergerlo più in alto. Quindi essendo obbligato a tenerlo basso non potrei fabbricarlo alto nel senso contrapposto al basso.

Digitized by Google

(*b*) Altro è edificare ed altro piantare.

Fra la costruzione e la piantagione distinguono l' art. 552 del Codice Napoleone ed il § 420 dell' austriaco.

Quindi quegli cui è soltanto vietato di ergere più in alto il proprio edifizio può fare piantagioni.

Se poi invece della servitù di non ergere più in alto il proprio edifizio esistessero le servitù che anche pel § 476 del Codice austriaco sono affatto diverse, di non togliere luce, aria, prospetto all' edifizio dominante, le piantagioni sarebbero proibite, non però assolutamente ma in tanto in quanto togliessero quella luce, quell' aria, quel prospetto.

(*c*) S' è proibito di edificare oltre all' attuale od oltre ad una determinata altezza sebbene per l' oggetto di non togliere luce, aria, prospetto al fondo dominante, ponno essere fatte piantagioni, perchè esiste solamente la servitù di non fabbricare più in alto onde non togliere col solo edifizio quella luce, quell' aria, quel prospetto, e perchè non esistono le altre servitù di non togliere con nessun mezzo luce, aria, prospetto al fondo dominante, altre servitù che secondo il § 476 sono affatto diverse da quella di non ergere più in alto il proprio edifizio.

Ma se è proibito e di ergere più in alto il proprio edifizio e di togliere luce, aria, prospetto al fondo dominante, allora esistono più servitù diverse. Allora non si può fabbricare più in alto perchè esiste la servitù *altius non tollendi* e non si può nemmeno far piantagioni che tolgano quella luce, aria, prospetto perchè esistono anche le separate servitù di non togliere al fondo dominante quella luce, aria, prospetto. Si può però piantare in modo da non toglierle.

(*d*) La servitù *altius non tollendi* può essere costituita anche a favore di chi non è vicino.

Ho già detto nell' annotazione *a* del Capo XII non essere natura di tutte le servitù che vadano a vantaggio di un fondo vicino.

Vicino, vuol dir prossimo.

Io p. e. ho una casa più alta ad un lato di una piazza.

All' altro lato di quella piazza havvi una casa altrui più bassa, che sta dirimpetto alla mia.

Dalla mia casa più alta e al di sopra della casa altrui più bassa godo la bella veduta del mare.

Per conservarla alla mia casa acquisto la servitù che la casa altrui più bassa non venga portata ad altezza maggiore dell' attuale.

Ho così la servitù *altius non tollendi* a carico di una casa che non è prossima vicina alla mia.

(*e*) La legge civile austriaca non impone, come dice l' autore *di diritto*, la servitù prediale *altius non tollendi*.

Pel Codice civile austriaco non havvi servitù urbana negativa imposta dalla sola legge.

Lo prova lo Schuster al § 34 del suddetto suo trattato principalmente in base ai §§ 297, 362, 1305 di quel Codice.

Per l' art. 552 del Codice Napoleone, il proprietario salve le eccezioni portate dal titolo delle servitù prediali, può fare sul suo suolo tutte le costruzioni che stima a proposito.

Dunque in regola può costruire edifizii quanto alto vuole, cioè non havvi in forza alla sola legge civile servitù *altius non tollendi*.

Havvi forse questa servitù per qualche eccezione portata a quella regola nel titolo delle servitù prediali del Codice Napoleone?

Non mi sembra.

Non trovo quella eccezione nell' art. 663 che determina l' altezza cui devono giungere nelle città e nei sobborghi i muri che dividono le case, le corti e i giardini.

Quell' articolo stabilisce il minimo dell' altezza di quei muri.

Ma non proibisce anzi permette un' altezza maggiore di essi.

Dunque per essi non istabilisce la servitù *altius non tollendi*.

Non trovo la suddetta eccezione nemmeno nell' art. 674.

Digitized by Google

Esso parla soltanto della distanza e delle opere intermedie che la legge richiede in alcune costruzioni.

Ma distanza non è altezza. E dove non si tratta di altezza non può trattarsi di una servitù *altius non tollendi*.

Nè la legge civile austriaca nè la francese impongono dunque *ipso jure legis* la obbligazione di non ergere il proprio edifizio oltre all' altezza attuale od oltre ad una determinata altezza.

Dunque per quelle leggi civili non havvi la servitù legale *altius non tollendi*.

Però nel Regno lombardo veneto e ai tempi italiani e ai tempi austriaci la servitù *altius non tollendi* potè e può essere talora imposta, se non per la legge civile, almeno per la legge amministrativa.

Ne può dare esempio il decreto italiano del 9 gennaio 1807 sul pubblico ornato.

Pegli art. 5 ed 11 di esso nelle città o paesi murati il Municipio provvede perchè sieno rilevati i progetti occorrenti pel miglioramento simmetrico dei fabbricati fronteggianti le strade e per la esecuzione di quei progetti.

E per l' art. 7 del suddetto decreto, ogni possessore che voglia intraprendere riparazioni, costruzioni od innalzamenti dei muri fronteggianti le strade, presenta al Municipio il disegno dell' opera da eseguirsi.

Il Municipio delibera su esso, salvo ricorso alle superiori Autorità.

Deliberando così il Municipio su quel disegno può accadere il caso che per le vedute del pubblico ornato venga ingiunto nelle città e nei paesi murati al possessore di un edifizio o di un muro fronteggianti una strada l' obbligo di non innalzarli che ad una data e non maggiore altezza.

Questo obbligo potrebbe dirsi una servitù prediale *altius non tollendi* imposta dalla sola legge amministrativa del pubblico ornato a carico di quell' edifizio, di quel muro ed a favore della strada.

Però in questi casi il decreto dell' antica Cancelleria al Governo di Milano dell' 8 giugno 1839 N. 13348 portato dalla Circolare del governo di Venezia del 10 ottobre dell' anno suddetto al N. 41085, ha dichiarato, che la legge per l' ornato è per natura sua diretta piuttosto ad impedire, o togliere ove lo si possa ogni aspetto sconcio e disdicente all' arte, anzichè al positivo e fermo scopo di vedere realizzato precisamente quell'aspetto delle case o delle strade cui piaccia agli uomini dell' arte od alle autorità, e che trattandosi di misure che non di rado limitano la proprietà ed esigono sagrificii effettivi, debba quindi essere usata la maggiore moderazione nell' applicazione dei regolamenti edilizii di ornato e di polizia stradale.

(*f*) Le servitù prediali sono diritti reali sugl' immobili.

Quindi alle leggi che le regolano furono nel Regno d'Italia e sono soggetti nel Regno lombardo-veneto anche gli stranieri possidenti immobili, tanto per l' art. 3 del Codice Napoleone, quanto per l' art. 300 del Codice civile austriaco.

Digitized by Google

CAPUT XXVIII.

DE SERVITUTE STILLICIDII AVERTENDI, ET STILLICIDII NON AVERTENDI.

I. *Stillicidium quid sit.* — II. *Aquam ex suo stillicidio supra stillicidium, vel aream vicini an quis regulariter divertere possit.* — III. *Aqua stillicidii vicini si jure servitutis cadat supra domum meam vel aream per tegulas, quae vulgariter* cuppi *nuncupantur, an facere possim, quod cadat per viam unius canalis lignei, vel lapidei etiam canalis existentis super ipsis* cuppis. — IV. *Vicinus meus si super aream meam, vel tectum domus meae per duos pedes servitutem habeat: an ultra producere seu extendere possit.* — V. *Stillicidii servitutem acquisitam habens, an possit altius tollere, vel elevare, vel deprimere murum, vel aedificium, super quo habet stillicidium cadens super domum vel aream meam.* — VI. *Stillicidii servitutem sibi debitam si quis habeat, et sublatum fuerit aedificium, sive corruerit, ex quo stillicidium cadit, an per hoc stillicidii servitus cum effectu in totum extincta intelligatur.* — VII. *Servitutem stillicidii avertendi in aream meam si vicinus habeat, quod stillicidium super aream meam per duos pedes protenditur, an ego in area aedificare possim, ubi stillicidium casitare cooperat.* — VIII. *Stillicidium cui debetur servitus avertendi in vicini aream, si protendatur ultra parietem supra vicini aream per medium pedem, et casitet in aream vicini etiam per medium pedem, vel circa: an vicinus possit aedificare in illa area usque ad illum locum, ubi casitat, et sic usque ad medium pedem prope murum domini praedii dominantis.* — IX. *Vicinus meus si habeat stillicidium domus suae cadens in fundo, vel horto meo, vel in area extra murum domus suae, verbi causa: per duos pedes: an fundus vel area eatenus, quatenus stillicidii rigor se protendat, sit vicini vel mei.* — X. *Stillicidium antiquum habens supra aream, vel domum meam in dubio an jure servitutis, vel dominii habere praesumatur, ita quod ex eo inferius pro stillicidii rigore suum dicatur.* — XI. *Domus tua si domui meae duas servitutes debeat, unam ne altius tollatur, aliam ut stillicidium aedificiorum meorum recipere debeat, et ibi concessero jus etiam invito me altius tollere aedificia tua: et sic remiserim tibi servitutem altius non tollendi: an per hoc tibi concessisse videar, ut possit tollere quantumcumque vis: ita quod etiam stillicidia mea recipere non tenearis.*

CAPO XXVIII.

DELLA SERVITÙ DI DIVERTIRE LO STILLICIDIO E DI NON DIVERTIRLO.

I. Che sia lo stillicidio. — II. Se di regola alcuno possa divertir l'acqua dal suo stillicidio sopra lo stillicidio od area del vicino. — III. Se quando l'acqua dello stillicidio del vicino per diritto di servitù cade sulla mia casa od area mediante le tegole che volgarmente s'appellano *coppi*, io possa far sì ch' essa cada per via di un condotto di legno o di pietra esistente sui detti *coppi*. — IV. Se quando il mio vicino abbia diritto di servitù di due piedi sull' area mia o sul tetto della mia casa, possa oltrepassarla od estenderla. — V. Se chi possiede una servitù acquisita di stillicidio possa levare più alto, od innalzare, od abbassare il muro od edificio, sul quale ha lo stillicidio che cade sopra la mia casa od area. — VI. Se quando ad alcuno sia dovuta la servitù di stillicidio, e l' edificio, dal quale questo cade, o sia stato levato o sia crollato, s' intenda per ciò estinta effettualmente e per intero la servitù di stillicidio. — VII. Se allorquando il vicino possieda la servitù di dirigere sull' area mia lo stillicidio, il quale sovr' essa protendesi per due piedi, io possa nella stessa fabbricare là dove lo stillicidio avea cominciato a cadere. — VIII. Se quando ad alcuno spetta la servitù di dirigere lo stillicidio sull'area del vicino, e quello sia proteso sulla detta area per mezzo piede e cada in essa nella stessa misura od all' incirca; il vicino possa fabbricare in quell' area sino a quel luogo ove cade e per tal modo sino a mezzo piede distante dal muro del fondo dominante. — IX. Se quando il vicino abbia lo stillicidio della sua casa che cade sul mio fondo od orto, od area fuori del muro della sua casa, per esempio, per lo spazio di due piedi, il detto fondo od area sia del vicino o mia, fino a quel punto cui lo stillicidio si estende. — X. Se quando alcuno possiede un antico stillicidio sulla mia casa od area, nel dubbio si presuma averlo per diritto di servitù o di dominio, così che si dica suo tutto che è in esso compreso fino al punto cui si protende. — XI. Se quando la tua casa debba alla mia due servitù, l'una che non sia levata più alto, l'altra che debba ricevere la sgocciolatura de' miei edifizi, ed io colà t'abbia concesso il diritto che possa elevare maggiormente le tue fabbriche, anche mio malgrado, ed in tal guisa t'abbia rimessa la servitù di levare più alto; sembri per ciò averti concesso che tu possa alzare quanto t'aggrada, così che neppure sia obbligato a ricevere i miei stillicidi.

Digitized by Google

Sunt et aliae duae servitutes urbanae: una stillicidii avertendi, id est, derivandi in tectum vel aream vicini: nam posse facere cadere aquam de tecto meo super tectum tuum, servitus est. Alia est servitus non avertendi stillicidii (1), *sicut sunt duae altius tollendi, et non tollendi* (2), *et intellige stillicidii non avertendi, scilicet mei in domo mea in tuam, id est, non immittendi de necessitate tua: quia tunc est mihi servitus: sed si intelligeretur non avertendi in domo mea in tuam, esset libertas, et non servitus* (3); *et istae servitutes sunt urbanae etiam, quando constitutum est, ut possim avertere stillicidium meum in aream tuam, quae sit praedium rusticum: quia inspicitur praedium cui servitus debetur, quae ab eo debet denominari: quia dignius est, ex quo est dominans* (4). *Circa istam servitutem stillicidii avertendi, declaremus aliquas quaestiones utiles et quotidianas.*

I. *Prima quaestio est pro intelligentia, quid est stillicidium, et dic quod est illud, quod stillat, et interdum cadit directo, et interdum non, propter ventum, sed flumen dicitur quod directo cadit, et maxime per dochiam* (5), *id est, pro stillicidio flumen*, et est text. Instit. de serv. et praed. urban. ibi, *ut stillicidium vel flumen recipiat*, et ibi hoc not. gloss. *Item aliquando dicitur stillicidium domus, cui servitus debetur stillicidii* (6), *secundum unam expositionem* gloss. ibi. *Item dicitur stillicidium servitus ipsa stillicidii: et ita accipitur in materia nostra* (7).

II. *Secunda quaestio an quis regulariter possit divertere aquam ex suo stillicidio supra stillicidium vel aream vicini? Et dic, quod videtur quod nemo possit dirigere stillicidium suum supra tectum domus vicinae depressae, vel super aream vicini, si servitus imposita non est* (8), *stillicidium avertendi* (9): *unde ego habens hujusmodi stillicidium, nisi servitus imposita sit, possum compelli per vicinum ad*

Hannovi altre due servitù: una è quella di divertire lo stillicidio, ossia rivolgerlo sul tetto od area del vicino; conciossiachè la facoltà di far cadere l'acqua dal mio tetto sul tuo, sia una servitù: l'altra è quella di non divertire lo stillicidio; in quella stessa guisa che v' hanno le due servitù d' innalzare e di non innalzare. Ed intendi così le parole *di non divertire lo stillicidio*, cioè: di non dirigere lo stillicidio della mia casa sulla tua, vale a dire, di non introdurlo per tua necessità, perchè allora sarebbe servitù mia. Che se s' intendesse di non rivolgerlo dalla mia casa nella tua, allora sarebbe libertà e non servitù. E queste servitù sono urbane, qualora sia statuito ch' io possa volgere il mio stillicidio sull'area tua ch' è predio rustico; perchè la servitù prende il nome dal fondo cui è dovuta, essendochè ciò sia più degno per ciò appunto che è dominante. Intorno a tale servitù di divertire lo stillicidio sponiamo alcune quistioni utili e quotidiane.

I. La prima serve a far intendere che cosa sia stillicidio; e tu di' ch' è ciò che gocciola ed alcune volte cade direttamente, altre no, in forza del vento. Ma ciò che cade direttamente e massime per le doccie si chiama *flumen*; lo che vuol dire che *flumen* sta invece di stillicidio, e n' è prova il testo delle Istituzioni, *de praed. urb.*, ove è detto: *Ut stillicidium vel flumen accipiat*, e ciò nota anche la Glossa. Così pure talvolta si appella stillicidio la casa cui è dovuta la servitù di stillicidio, secondo una spiegazione della glossa. Così pure si chiama stillicidio la stessa servitù di stillicidio e in tal modo è riguardato nella nostra materia (*a*).

II. Seconda questione è: se alcuno possa di regola divertir l'acqua dal proprio stillicidio sopra lo stillicidio od area del vicino. Rispondi: che se la servitù non è imposta, nessuno può rivolgere il proprio stillicidio sul tetto della casa vicina più bassa, ovvero sia sull' area del vicino. Laonde se io ho un cosiffatto stillicidio e non mi spetta diritto di servitù, posso esser compulso dal vicino a far sì che l'acqua del mio tetto scor-

Digitized by Google

cipiant aquam juxta tectum meum, ut eam mittam in stratam publicam (1). *Et est ratio, quia domus vel area vicini regulariter debet esse libera usque ad coelum* (2).

III. *Tertia quaestio est, si aqua stillicidii vicini cadit jure servitutis supra domum* (*) *meam vel aream, per regulas quae* cuppi *vulgariter nuncupantur, an possim facere quod cadat per viam unius canalis lignei vel lapidei, vel etiam canalis existentis super cuppis. Dic quod non: quia aqua grossior caderet seu casiaret* (3), *quod not. contra multos, qui habent servitutem stillicidii per tegulas, et faciunt unum canale, ad quod tota aqua stillicidii decurrit: quia non possunt.*

IV. *Quarta quaestio est, vicinus meus habet servitutem super aream vel tectum domus meae per duos pedes, an possit ultra producere seu extendere? Et dicas, quod non: quia in nostro magis incideret cadere: et in alio loco caderet stillicidium, quam in quo imposita est servitus. Sed retroduci potest: quia levius in servitute nobis debita facere possumus, non acrius: quoniam certum est meliorem conditionem vicini fieri posse, deteriorem non posse, nisi aliud nominatim in servitute imponenda mutatum sit* (4).

V. *Quinta est quaestio, an habens servitutem stillicidii acquisitam, possit altius tollere, vel elevare, vel deprimere murum vel aedificium, super quo habet stillicidium cadens super domo vel area mea? Dic breviter, quod elevare vel altius tollere potest, deprimere non potest:* ut est text. not. in d. § stillicidium, in princip. *qui assignat hanc rationem. Nam levior sit servitus, quando tollitur stillicidium altius: cum hoc quod ex alto cadit, et levius cadit et interdum non pervenit ad locum servientem, sed quando reprimitur, sit gravior servitus: id est, pro stillicidio fumen, quod declara. Nam ideo sit gra-*

in guisa che cada sulla pubblica via. E la ragione si è questa: chè di regola la casa od area del vicino dev'esser libera sino al cielo (*b*).

III. Terza questione è: se, qualora l'acqua dello stillicidio del vicino cada per diritto di servitù sopra la casa (*) od area mia mediante quelle tegole che volgarmente si appellano *coppi*, io possa far sì ch'essa cada per mezzo di una doccia di legno o di pietra, oppur anche di un canale esistente sui *coppi*. Rispondi che no: perchè l'acqua cadrebbe benespesso più grossa: lo che nota contro a molti che hanno la servitù di stillicidio sui *coppi* e fanno un canale pel quale tutta l'acqua dello stillicidio discorra; che non possono farlo (*c*).

IV. Quarta questione è questa: se qualora il mio vicino abbia dritto di servitù per due piedi sopra l'area o tetto della mia casa, possa oltrepassare quel limite ed estenderlo. Rispondi che no: perchè lo stillicidio comincierebbe a cadere di vantaggio sul mio, e perchè cadrebbe in sito diverso da quello sul quale la servitù fu imposta. Ma si può tornar indietro: perchè nella servitù che ci è dovuta possiamo bensì operare più leggiermente, non già più acremente; essendo che sia certo potersi migliorare la condizione del vicino, non mai peggiorarla, se chiaramente a ciò non sia stato derogato nell' imporre la servitù (*d*).

V. Quinta questione è questa: se quegli che acquistò la servitù di stillicidio possa levar più alto od innalzare od abbassare il muro od edificio, sul quale ha lo stillicidio che cade sopra la mia casa od area. Rispondi brevemente: che può innalzare o levar più alto, ma non può abbassare; com' è testo notabile nel § *stillicidium* leg. *serv. quae in super. ff. de serv. urb. praed.* il quale reca la seguente ragione. Perchè la servitù è più leggiera allorquando lo stillicidio s' innalza, avvegnachè ciò che cade dall'alto, cade più leggiermente e talvolta non giugne al luogo serviente; ma quando si abbassa, la servitù riesce più grave; cioè

Digitized by Google

quia aquae casitatio depressa ad plura loca vi ventorum diverti non potest: sed semper casitat in eumdem locum, et facit ibi flumen, et destruit aliquando aream vicini, et hortum, si in eo cadit, et ideo gravius damnificat praedium serviens: sed casitatio aquae procedens ex alto, vi ventorum quandoque ad unum locum, quandoque ad alium quem duoit, nec facit concursum aquarum: imo quandoque aqua non venit ad locum servientem, et propterea tunc dicitur minus offendere ipsum, et ideo meliorem conditionem vicini facere possum: deteriorem non est ista intentio, § stillicidium; *quem casum singulariter not. et tene menti, quia contra decisionem* d. § *dixit mirandae memoriae dom. Thom. eques de Aretio, interrogatus a domino Paulo de Aretio juris utriusque doctore, interrogatus in publica disputatione, quam fecit idem do. Thomasius Paduae, de quo licet rationem hanc solam allegaverit, quia fortius cadit ex alto, quam depresso: potuisset etiam alia ratio allegari: quia major commoditas videtur esse loci servientis, quod cadat ex loco depresso magis, quam ex alto: ergo videtur quod possit deprimi et non tolli* (1), *quoniam si ex alto cadit propter ventum, nulla quandoque pars soli sub stillicidio remanet tecta cum effectu: quia aqua cadit ubique, et sic non potest ibi in area sub stillicidio quiequam collocari, quod tutum sit ab aqua, item quia nec commode potest stari vel iri per aream sub illo stillicidio: quod non esset si caderet stillicidium directe ex loco magis depresso. Idem etiam, quia ex loco magis alto magis occupatur lumen areae, quam per locum depressum. Item potuisset alia ratio assignari, si paries seu murus* (**), *super quo est tectum seu stillicidium, esset communis: quia quanto cadit aqua altius propter vim ventorum, tanto magis indirecte capit* (2). *Et ideo aqua saepe discurrit per parietem sive murum, et ipsum corrumpit, maxime si est paries ligneus: quod non eveniret, si aqua ex loco depresso directo caderet. Unde tollendo altius videtur facere deteriorem conditionem fundi servientis, et deprimendo deteriorem* (3).

leggiera quanto più dall'alto pervenga; perchè l'acqua che cade da luogo basso non può esser deviata dalla forza de' venti e sparsa in più siti, ma sempre cade nello stesso sito e fa ivi un corso e talvolta distrugge l'area o l'orto del vicino, se in esso cade; e però più gravemente danneggia il fondo serviente. Ma l'acqua che scende dall'alto, per forza de' venti talora percuote un luogo e talora un altro, per guisa che non forma concorso d'acqua; anzi alle volte non giunge al fondo serviente, e perciò allora si dice offenderlo meno; avvengachè si possa bensì migliorare la condizione del vicino, ma non peggiorarla. Questo è lo spirito del § *stillicidium;* il qual caso specialmente nota e ricorda, perchè contro la decisione del detto § ebbe a rispondere messer Tommaso cavaliere d'Arezzo di mirabil memoria, quando nella pubblica disputa che fece in Padova fu interrogato da messer Paolo d'Arezzo dottore in ambe leggi. Nella qual disputa, sebbene abbia recata questa sola ragione: perchè dall'alto cade con più forza, che non sia dal basso; nondimeno avrebbe potuto allegare un'altra ragione ancora, cioè, perchè apparisce più comodo al fondo serviente che cada da luogo basso piuttosto che da un alto; e però sembra che questo si possa abbassare, ma non togliere. Imperocchè se l'acqua cade dall'alto, talora per la forza del vento nessuna parte del suolo posto sotto lo stillicidio rimane veramente coperta, poichè l'acqua cade dovunque e perciò nulla può collocarsi in quell'area, che resti asciutto. Parimente perchè non si può comodamente stare od andare per l'area sottoposta; lo che non avverrebbe se lo stillicidio cadesse direttamente da luogo più basso. Del pari ancora perchè da un luogo più alto è maggiormente tolta la luce all'area che non sia da un luogo basso. Così pure un'altra ragione potrebb'essere addotta nel caso che la parete od il muro (**), sopra il quale sta il tetto o lo stillicidio, fosse comune; perchè quanto più l'acqua cade dall'alto, tanto più per la forza de' venti cade trasversalmente. E però l'acqua spesse volte scorre per la parete o muro, e quello corrompe, massime se è di legno; lo che non accadrebbe se l'acqua cadesse dirittamente da luogo basso. Laonde coll'ergere più alto lo stillicidio sembra che si deteriori la condizione del fondo serviente, e si migliori col-

(1) *Per d.* § *stillicidium, in fin.*
(2) *Ut est text. in d.* § *stillicidium in princ.*
(3) *Argum. d.* § *stillicidium, in fin.*

Digitized by Google

Unde ex his patet decisio Pauli jurisconsulti (1). *Et non mirandum, si dominus Thomasius vir praeclarissimi ingenii in ea erravit, et propterea cavendum ab hujusmodi actibus publicis de quolibet: quia sunt periculosi, maxime quando quis vult ponere falcem in messem alienam, contra id quod scriptum est* in l. et habetur 6, quaest. 3, c. 1, et in c. venerabilem, extr. de elect. et in Clem. pastoralis et rursus in fin. de jud.

VI. *Sexta est quaestio, si quis habet servitutem* (***) *stillicidii sibi debitam, et sublatum est aedificium, sive cervui, ex quo stillicidium cadit an per hoc intelligatur extincta in totum cum effectu servitus stillicidii? et dic, quod non: quia remanet in habitu, et ideo si aedificium reponatur cum stillicidio, idem aedificium esse censetur, quantum ad servitutes reales, puta stillicidii: licet non quantum ad personales* (2), *et intellige, quod per istam reaedificationem servitus stillicidii non erit eadem vere, quae primo erat: sed* restituitur *ipso jure* (3), *sed non est ita in reali quae restituitur: et hoc probatur ex text. ibi dum dicit: Ut idem intelligatur, quod verbum, intelligatur, est verbum fictionis* (4) *et habetur per Barthol.* (5), *per Bald.* (6), *et ista restitutio, et fictio, quod intelligatur idem aedificium, quod vere non est et eadem servitus procedit propter utilitatem aedium* (7), *et intelligo utilitatem aedium, scilicet publicam* (8), *ex quo sequitur, quod pro ista servitute restituta, actio directa non competit sed utilis: quia non est vere illud idem aedificium, cui servitus imposita est* (9), *et ex hoc etiam sequitur illud, quod servitus acquisita superficiei, intelligitur acquisita* etiam *solo: quia non extinguitur destructa vel extincta superficie, secundum Paul. de Castr.* (10), *quod intellige cum effectu, ut dixi; et de hoc dic* ut habetur in l. 3. de servitut., *sed bene intelligitur extincta, ut*

l'abbassarlo. E però su tali ragioni apparisce fondato il responso del giureconsulto Paolo. E non deesi maravigliare che messer Tommaso, persona di chiarissimo ingegno, abbia in essa errato; e perciò deve ognuno guardarsi dal trattare di certe cose in atti pubblici di tal natura; perchè sono pericolosi, massime quando si voglia por la falce nella messe altrui, contro ciò che sta scritto nella legge *et habetur* 6, *quest.* 3 *e* 1, *et in cap. Venerabilem, Extr. de elect. et in Clem. past. et rursus in fin de jud* (e).

VI. Sesta questione è questa: se qualora ad alcuno sia dovuta la servitù (***) di stillicidio, e l'edificio dal quale lo stillicidio cade sia tolto o distrutto, s'intenda per ciò estinta totalmente ed effettualmente la detta servitù? Rispondi che no; perchè rimane nell'abito, e però se l'edificio collo stillicidio si rinnovi, si reputa essere quello stesso di prima; ciò rispetto alle servitù reali, per es. di stillicidio, non già rispetto alle personali. Ed intendi che per tale riedificazione la servitù di stillicidio non sarà la medesima ch'era prima; ma che si rimette giuridicamente. Questo però non accade nella restituzione della servitù reale, ed è cosa provata dal testo della legge *servitutes* § *sublatum ff. De serv. urb. praed.*, là ove dice: *in guisa che s'intenda essere la stessa*, il qual verbo *s'intenda* è verbo di finzione, come n'accertano e Bartolo e Baldo; e questa restituzione e finzione fan sì che si ritenga esser lo stesso edificio, benchè in fatto non sia. Tale servitù poi ha luogo per la utilità delle case e per questa intendo l'utilità pubblica; dal che consegue che a favore di siffatta servitù restituita non compete l'azione diretta, ma l'utile; perchè non è vero che sia quello stesso edificio, sul quale la servitù fu imposta; e da ciò segue eziandio che la servitù acquistata alla superficie s'intenda anche al suolo acquistata, dacchè non s'estingue colla perenzione o distruzione della superficie, secondo Paolo di Castro (lo che intendi *effettualmente*, come dissi, e intorno a ciò rispondi secondo la legge 3 *de servit.*); ma ben si reputa estinta, come fu detto. Quan-

(1) *In d. l. servitut. quae in superficie*, § *stillicidium de servitut. urban. praed.*

(7) *Ut probatur in d.* § *si sublatum, ibi*, utilitas exigit, et *ita not. ibi Angel. et Bald. in tit. de pace*

Digitized by Google

dictum est. Quod autem dixi servitutem restitui reposito aedificio: intellige quando reponitur in eadem specie et qualitate: alias secus quia tunc non reputaretur, nec intelligeretur idem aedificium (1), *et ratio est, quia illud quod differt in specie, vel qualitate, non potest dici idem in substantia, sed diversum: secus si habeat in se plus vel minus, quia tunc est idem in substantia, ex quo eadem substantia manet* (2), *et propterea non attenditur mutatio partium, sicut in nostro corpore dicimus* (3); *inducitur ad quaestionem, secundum Dd. quod licet destruatur monasterium, non tamen ejus privilegia destruuntur: quando destruitur de facto, secus si de jure* (4), *quae omnia notando sunt.*

VII. *Septima quaestio est, vicinus meus habet servitutem stillicidii avertendi in aream meam, quod stillicidium protenditur super aream meam per duos pedes: an ego possum aedificare in area ubi casitare coepit stillicidium. Et in hoc text. videntur esse contrarii. Nam text.* in d. l. servitutes quae in superficie § si servitus, *dicit expresse quod non, et text.* in eadem l. § final. in fin. *videtur dicere contrarium: sed gloss.* in d. § si servitus *solvit, dicens, quod aedificare non possum, si nolo recipere stillicidium* (5). *Sed si stillicidium recipere volo, tunc aedificare possum* (6). *Et ex hoc concluditur, quod dominus praedii debentis servitutem stillicidii, potest aedificare; dummodo stillicidium, seu servitutem stillicidii debitam non impediat, immo eam recipiat, et ita communiter Dd. transire videntur cum illa gloss. Ego autem aliter intelligo illa jura: nam text.* in d § si servitus aedi. *dicit, quod si aedi imposita est servitus stillicidii, non licet domino areae servientis aedificare, ubi casitare coepisset stillicidium. Item* in § fin. ejusdem (7), *idem dicit videlicet, quod ille qui vult aedificare in*

do poi dissi che la servitù si restituisce col rinnovamento dell' edificio, dei intendere: allorquando si rimette nella stessa specie e qualità, e non già altrimenti; perchè allora non si risguarderebbe, nè s' intenderebbe essere lo stesso edificio. E la ragione è questa: perchè ciò che è diverso nella specie o qualità, non può dirsi esser lo stesso nella sostanza, ma differente; ed altrimenti, se abbia in sè il più o il meno, perchè allora è lo stesso nella sostanza, dacchè questa rimane la medesima; e però non s'ha riguardo alla mutazione delle parti, come si fa rispetto al corpo nostro. Il che poi secondo i Dottori conduce alla questione: che sebbene si distrugga un monastero, tuttavia non si tolgono i di lui privilegi; il che avviene, qualora si distrugga di fatto, non già se di diritto: le quali tutte cose meritano d'esser notate (f).

VII. La settima questione è questa: Il mio vicino ha la servitù di rivolgere lo stillicidio sull'area mia e questo stillicidio si protende sovr'essa per due piedi: posso io forse fabbricare nell'area dove lo stillicidio cominciò a cadere? In questo argomento i testi paiono cozzare fra loro. Imperciocchè il testo della legge *servitutes quae in superficie* § *si servitus* dice espressamente che no, ed il testo della legge stessa, § *finale, in fine*, sembra rispondere il contrario; ma la Glossa sul detto § *si servitus* risolve il dubbio, dicendo: che non posso fabbricare, se non voglio ricevere lo stillicidio. Ma se voglio accettare lo stillicidio, allora posso fabbricare. Dal che si trae la conclusione, che il proprietario del fondo obbligato a tale servitù può fabbricare, purchè non impedisca lo stillicidio o la servitù dovuta di stillicidio, anzi la riceva; e in questo parere della Glossa sembrano comunemente acquetarsi i Dottori. Io poi diversamente intendo que' diritti: conciossiachè il testo nel detto § *si servitus aedific.* dica, che se la servitù di stillicidio è imposta ad una casa, non è permesso fabbricare al proprietario dell'area servente là dove lo stillicidio area

Digitized by Google

unde stillicidium cadit, et sic in hoc concordant, et intelligo duos text. quod qui debet servitutem stillicidii, nullo modo possit aedificare in area, ubi cadere incipit stillicidium seu ubi stillicidium cadit, etiamsi aedificando vellem stillicidium recipere, quia qualitas mutatur, et loci qualitas servitutem debentis inspicitur. Facit ad hoc quod dixi in quaest. praeced., *et hoc aperte probatur per text.* in d. § fin. *propter dictionem, sed et si, ibi positam, quae diversificat in facto et in jure* (1), *et ideo cum in fine ibi dicat, quod possit aedificari, dum tamen stillicidium recte recipiatur, praesupponitur, quod secus sit in casu praecedenti: alias dictio, sed et si, ibi posita diversificat principium a fine, quod dicendum non est, et advertendum est, quod dicunt illa jura, nisi casitare coepit, seu stillicidium cadit: quia per hoc apparet, quod non debet inspici protectum tignorum stillicidii: sed locus in quo cadit aqua, sive sit ultra, sive citra* (2), in § autem final. leg. servitutes in fin. *qui pro contrario allegatur, ponitur alius casus diversus, videlicet quod si in meo aedificio cadit stillicidium vicini, supra mihi aedificare conceditur, dummodo stillicidium recte recipiatur nam ibi erat aedificatum: et facilius extollitur id quod est aedificatum, quam non aedificatum argum. ejus quod dicitur in simili, quod in habentibus symbolum facilior est transitus* (3), *quod illo* § final. *ita debeat intelligi, patet manifeste ex dictione, sed et si, ibi posita, ut supra dixi, quod bene not. quia licet Doct. videantur aliter intelligere, et non aliter declarare, tamen puto hunc esse verum intellectum illorum jurium, et adde quod dicam in quaestion. sequent.*

VIII. *Octava quaestio est, quid sit stillicidium, cui debetur servitus avertendi in aream vicini, procedit ultra parietem super aream vicini per medium pedem, et*

punto donde lo stillicidio discende; ed in tal modo i due testi concordano insieme, e così io l' intendo, cioè: che quegli che dee la servitù di stillicidio in nessuna guisa possa fabbricare nell'area dove prese a cadere lo stillicidio, ovvero dove esso cade, ancorchè volesse accorlo nella fabbrica, perchè se ciò facesse la qualità si muterebbe, ed è appunto la qualità del luogo obbligato a servitù ch'è riguardata. Vale a questo proposito quanto dissi nella *precedente quest.*, e ciò è chiaramente provato dal testo nel detto § finale mediante le parole *sed et si*, ivi poste, le quali diversificano ed in fatto ed in diritto. E però dicendo esso nel fine che si possa fabbricare, purchè nondimeno si riceva debitamente lo stillicidio, fa presupporre che altrimenti avvenga nel precedente caso; se ciò non fosse, la dizione *sed et si*, ivi posta, diversificherebbe il principio dal fine, lo che non è a credersi; e deesi avvertire che le leggi citate dicono: *se non prese a cadere*, ovvero, *lo stillicidio cade*, perchè da ciò apparisce che non si dee riguardare lo sporto delle travi dello stillicidio, ma il sito sul quale l'acqua cade, se sia posto di qua o di là. Nel § poi finale della legge *servitutes* trovasi un altro caso diverso; cioè, che se lo stillicidio del vicino cade nella mia casa, mi sia permesso innalzarla purchè io debitamente riceva il detto stillicidio; imperocchè colà s' era già fabbricato, e più facilmente s' innalza ciò ch' è edificato, che non ciò che non lo è, per argomento di simiglianza, dacchè nelle cose aventi un simbolo è più facile dar passata. Che quel § finale debbasi in tal guisa interpretare, manifestamente risulta dalle parole *sed et si* ivi poste, come dissi più sopra: locchè nota bene, perchè sebbene i Dottori sembrino intendere diversamente e non diversamente spiegarsi, tuttavolta io reputo esser questo il vero senso di que' diritti. Aggiungi poi quanto dirò nella seguente questione (g).

VIII. Ottava quistione è: se qualora lo stillicidio, il quale per diritto di servitù si può rivolgere sull'area del vicino, si protenda oltre il muro per mezzo piede nella det-

Digitized by Google

nantis? et videtur quod sic. per text. in d. l. servitut. § si servitus et § fin. in principi de servit. urb. praed. *ubi videtur esse text.* in l. finium reg. *quae videtur esse lex graeca, quae incipit, si quis septem, quae dicit, si quis vult aedificare murum prope fundum vicini, septem derelinquat; de cujus intellectu dicam infra de pariete sive muro. Ego puto, quod dictus* § si servitus, *et* § fin. *debeant intelligi et limitari secundum* l. fin. praeallegatam, *et e contra* d. l. fin. *debeat intelligi secundum* d. §, *videlicet quod si stillicidium protendit se nisi per medium pedem, non possit aedificari per vicinum usque ad illum medium pedem, etiamsi aqua ultra non casitaret: quia esset contra* d. l. fina. fin. regun.; *non enim esset aequum, quod dominus fundi debentis stillicidium sustinere, esset melioris conditionis, quam ille, qui nullam debet servitutem in fundo suo: et ideo si ille qui habet fundum suum liberum, non potest aedificare murum, nisi distet a regione vicini per pedem, vel si vult aedificare domum per duos pedes* (1), *multo magis deberet distare ille, cujus praedium debet servitutem stillicidii recipiendi, debebit ergo hoc casu distare aedificans murum per pedem, vel domum, per duos, non a regione vicini, id est, non a termino fundi vicini, sed a solo, quatenus protenditur stillicidium, et casitat, unde si stillicidium protenderetur versus aream vel hortum aedificantis, et casitaret, puta per tres pedes qui relinquantur* (2), *etiam relinquere unum alium pedem: et sic quatuor pedes in totum, a fundo convicini, vel si vult aedificare domum, debet relinquere duos pedes: et sic hoc casu quinque in totum, et idem dicas in simil. et ita alias obtinui in quadam causa Veronae contra quemdam episcopum de Nica. Sola, et ita fuit judicatum ex consilio trium doctissimorum jurisconsultorum: quod not. quia fuit consideratio mea, credo quod sit verissima: maxime intelligendo, quod quatenus rigor stillicidii protendit se su-*

Sembra che lo possa in virtù del testo nella leg. *servitutes* § *si servitus* e § *fin. in princ. ff. De serv. urb. praed.* che pare riferirsi alla leg. *finium reg.*, la quale sembra esser greca e comincia *si quis septem*; e reca: se alcuno vuol fabbricare un muro presso il fondo del vicino, abbandoni sette ecc.; sulla interpretazione della quale parlerò più sotto ove si tratterà della parete o del muro. Io stimo che i detti § *si servitus* e § *fin.* si debbano intendere e limitare secondo la legge soprallegata, ed al contrario la detta legge *finium* si debba intendere conforme i citati §§; vale a dire, che se lo stillicidio si protende soltanto per mezzo piede, il vicino non possa fabbricare sino a quel mezzo piede, anche se l'acqua non cadesse più oltre, dacchè se il facesse contrarierebbe la legge *finium reg.*; imperciocchè non sarebbe equo che il proprietario del fondo che dee sostenere la servitù di stillicidio fosse in condizione migliore di quello che non è obbligato ad alcuna servitù nel suo fondo. E però se quegli che ha libero il suo predio non può innalzare in esso muraglie ove non distino di un piede dalla proprietà del vicino, o se vuole fabbricare una casa, qualora non vi frammetta la distanza di due piedi, a molto maggior ragione dovrà frapporla colui il di cui fondo è obbligato alla servitù di ricevere lo stillicidio. Dovrà dunque in tal caso chi innalza un muro tenerlo distante per un piede, e chi fabbrica una casa, per due piedi, non già dalla proprietà del vicino, cioè dal confine del suo fondo, ma bensì dal suolo coperto dallo stillicidio per quanto ei si protende e cade. Laonde se lo stillicidio sportasse sull' area od orto del fabbricante ed ivi cadesse, ad esempio, per lo spazio di tre piedi, i quali rimarrebbero sgombri, se ne dovrebbe aggiungere un altro; e così sarebbero in tutto quattro piedi di distanza dal fondo del vicino; oppure se il proprietario serviente volesse fabbricare una casa, dovrebbe lasciar liberi due piedi, e in questo caso sarebbero cinque piedi in tutto, e lo stesso di ne' casi simili. Così ritenni

Digitized by Google

lum inferius sit domini praedii dominantis, ut videtur esse casus in leg. Olympico § fin. de servitut. urban. praed. (1). *Nam hoc casu non haberet dubium* d. l. fin. reg. *Sed ut dixi, etiamsi illud terrenum esset domini fundi servientis: puto esse idem dicendum, per ea quae supra dixi, et quia ita fuit, quod singulariter tene menti.*

IX. *Nona quaest.* convenienter sequitur, *si vicinus meus habet stillicidium domus suae cadens in fundo vel horto meo, vel in area extra murum domus suae, verbi gratia, per duos pedes, an fundus vel area eatenus, quatenus se protendit rigor stillicidii, sit vicini, vel mei, et videtur quod sit vicini, cujus est stillicidium superius,* per l. fin. § fin. de servitut. urban. praed., *per quem text. ibi dicit Flor. quod stillicidia supra domum de jure demonstrat, quantum sit proprietas loci inferioris; et idem dicit ibi Barthol., videlicet quod stillicidia quae sunt superius, videntur quodammodo significare proprietatem loci inferioris, et idem videtur velle Bald.* in consilio suo 22, *quod incipit, statuto cavetur, quod tenens arma in domo. Sed si istud est verum, debet limitari, nisi constaret vicinum meum habere servitutem stillicidii, quia tunc appareret, quod istud stillicidium haberet non propter dominium soli, quod est inferius, sed propter servitutem appositam: quae servitus non extenderetur ad dominium soli inferioris* (2), *quia in nostro magis incipit cadere* (3). *Item esset limitandum, nisi stillicidium fiat supra viam publicam, vel loco publico: quia locus inferior sub stillicidio non efficitur domini stillicidii, posset tamen aliquid poni usque ad stillicidium,* ut d. l. final. § 1. de servitut. urban. praed., *quam quidem intelligunt, in hoc tamen communiter servanda esset consuetudo loci* (4), *et adde quod dicam intra de claustro vel conclavi et portico.*

terreno o suolo sottoposto appartenga al padrone del fondo dominante (come sembra essere un caso adatto nella legge *Olympico* § *fin. De serv. urb. praed.*); imperciocchè allora la legge *fin. reg.* non ammetterebbe dubbio. Ma, come dissi, quando pure quel suolo appartenesse al padrone del fondo serviente, stimerei doversi dire lo stesso per le ragioni sovraesposte e perchè così fu giudicato: lo che specialmente ricorda (*h*).

IX. La nona questione sorge di convenienza: Se qualora lo stillicidio della casa del mio vicino cada nel mio fondo od orto, oppure nell' area all' infuori del muro della sua casa, a mo' d' esempio, per due piedi; il detto fondo od area per quanto si protende il giusto sporto dello stillicidio, sia mio o del vicino? E sembra che sia del vicino, del quale è lo stillicidio soprastante, in virtù della legge *fi.* § *fin. De serv. urb. praed.*, sulla quale dice Floriano che gli stillicidii posti sopra la casa giuridicamente dimostrano quanta sia la proprietà del fondo inferiore; e lo stesso dice Bartolo, cioè che gli stillicidii che sono di sopra sembrano in certo modo indicare la proprietà del luogo sottoposto; e alla medesima sentenza sembra inclinar Baldo nel suo consiglio 22.° che comincia: *Si assicura per lo statuto che chi tiene armi in casa.* Ma se questo è vero, dee limitarsi, qualora però non constasse che il mio vicino avesse la servitù di stillicidio, perchè allora sembrerebbe che possedesse questo stillicidio non già in virtù del dominio del suolo ch' è sottoposto, ma per servitù apposta; la quale non si estenderebbe al dominio del suolo inferiore, perchè *piuttosto lo stillicidio prende a cadere nel nostro.* Così pure dee limitarsi, qualora lo stillicidio sia costrutto sopra la strada pubblica o sopra un pubblico luogo; perchè il luogo sottoposto allo stillicidio non diventa proprietà del padrone di questo, benchè si possa porre alcuna cosa sino al limite dello stillicidio, in virtù della *legge fin.* § 1 *De serv. urb. praed.*, secondo l' opinione di taluni. In ciò nondimeno dovrebbe comunemente osservarsi la consuetudine del luogo; ed aggiungi quanto dirò poscia intorno al chiostro, o conclave o portico (*i*).

X. *Sed ut*

Digitized by Google

vel jure dominii, ex eo quod solum inferius pro rigore stillicidii dicatur suum? Credo esse considerandum, quis possideat locum, qui est sub stillicidio. Nam si ego dominus areae possideo illum locum inferiorem: puta si est hortus, ipsum ibi colo, et arbores habeo, vel retineo res meas sub stillicidio, et praesumatur tunc vicinus habere stillicidium jure servitutis tantum, et locum inferiorem esse meum. Adverte tamen, quia nemini licet aedificare subtus grundaria, quatenus rigor stillicidii et tignorum ex certa via descendit, si stillicidii casitatio impediri possit (1). *Si vero vicinus* (****), *qui habet stillicidium, possideret locum inferiorem sub stillicidio, tunc praesumam non jure servitutis, quia stillicidium ad hoc non tendit: sed quia solum quod est sub stillicidio, suum est, nisi illa possessio esset jure familiaritatis* (2), *et ideo in hoc potest esse cautus dominus areae, ut stet in possessione etiam illius partis areae vel horti, quae est sub stillicidio vicini: et ita alias consului cuidam amico. Sed si neuter possideat, quia locus est sterilis, vel aquosus, vel aliter inutilis: et tunc distinque, aut tempore quo fuit factum istud stillicidium, domus, vel area mea, et domus vicini erant diversarum personarum, vel jurium, aut ejusdem personae, vel juris. Primo casu, quando erant diversarum personarum: et tunc illo tempore erat tota domus mea vel authorum meorum, et non licebat vicino immittere stillicidium* (3), *et ideo si immisit, videtur immisisse potius jure servitutis, quam dominii, nisi aliter probetur. Nec est aliter credendum, quod ego vel author meus voluerim faciendo immitti stillicidium etiam sibi concedere solum* (4), *quia actus agentium non debent operari ultra intentionem eorum* (5). *Secundo casu, quando erat unius personae tantum, sicut saepe contingit, quando unus habet amplam domum, facit stillicidia unius*

vitù o per diritto di dominio, per ciò che il suolo sottoposto al giusto sporto dello stillicidio si dice suo? Io stimo che sia da considerare chi possieda il luogo soggetto allo stillicidio. Imperocchè se io, che sono proprietario dell' area, possedo il luogo inferiore, verbigrazia, un orto, e questo in quel sito appunto coltivo ed adorno di alberi, oppure tengo cose mie sotto lo stillicidio, allora si presumerà che il vicino abbia lo stillicidio soltanto per diritto di servitù e che il luogo sottoposto sia mio. Avverti nondimeno, che a nessuno è lecito fabbricare sotto le grondaje, per quanto il giusto loro sporto e quello delle travi si estendono e per quello spazio certo in cui cola la sgocciolatura, qualora la caduta di questa potess' essere impedita. Se poi il vicino (****) che ha lo stillicidio, possedesse un luogo inferiore a quello soggetto, allora si presumerà possederlo non già per diritto di servitù, perchè a ciò non tende lo stillicidio, ma sì per diritto di proprietà, perchè suo è il suolo sottoposto allo stillamento, se però non possedesse per diritto di famigliarità. E però in questo caso dev' esser cauto il padrone dell' area, affinchè stia in possesso anche di quella parte dell' area o dell' orto che è sottoposta allo stillicidio del vicino; tale consiglio diedi altra volta ad un certo amico. — Ma se un terzo posseda quel luogo, perchè è sterile, paludoso o in altro modo inutile, allora distingui: O nel tempo in cui fu fatto questo stillicidio, la casa od area mia, e la casa del vicino erano di persone o diritti diversi, oppure della stessa persona o diritto. Nel primo caso, cioè quando erano di persone differenti, ed allora poichè la casa tutta era mia o de' miei autori, non era lecito al vicino porre lo stillicidio e però se lo introdusse, sembra averlo immesso piuttosto per diritto di servitù che per quello di dominio, qualora non sia provato il contrario. Ned altrimenti è da credersi che io od il mio autore abbia voluto col permettere l' immissione dello stillicidio concedergli anche

Digitized by Google

partis domus cadere super alia parte: et postea legat vel vendit unam partem de illa domo: vel si sunt plures fratres habentes domum: et postea eam dividunt inter se, et uni evenit una pars domus, quae habet stillicidium, et alteri alia pars quae habet aream sub stillicidio: et tunc dic idem, quod videtur esse imposita servitus vendendo (*****), *legando vel dividendo, ut sustineat onera permanentia: et quae tunc tempore divisionis, vel legati, vel venditionis sustinebat* (1); *et ex hoc concludi potest ad multas q. numquid sit licitum facere ponticellum vel casellum necessarii, vel tubam, sive cuppam camini in dicto muro, quatenus se extendit rigor stillicidii, vel facere fenestram, vel foveam* (******), *vel ferratam in area mea. Quia si solum, quod est sub stillicidio, esset domini stillicidii, tunc potest fieri tamquam in suo* (2), *alias non. De his tamen plenius dicam in specie ista super domo per me figurata.*

XI. *Decima et ultima quaestio est, si domus tua debet domui meae duas servitutes: unam, ne altius tolleretur, aliam, ut stillicidium aedificiorum meorum recipere deberet: et tibi concessero jus esse invito me altius tollere aedificia tua, et sic remiseram tibi servitutem altius non tollendi: an per hoc videat tibi concessisse, ut possis tollere quantumcumque vis: ita quod etiam non tenearis recipere stillicidia mea? Et dices, quod non: quia illa concessio seu immissio intelligitur, dummodo recipias illam servitutem stillicidiorum meorum* (3); *est ratio, quia illae servitutes sunt diversae et separatae: unde renunciando uni, alteri renunciasse non videtur: et ideo si servitutis retentae habeo adhuc jus prohibendi, et ad hoc semper allegatur* d. l. si domus *quod intelliges, quod una remissa, altera necessario non intelligitur esse remissa: quia est penitus diversa, ut est in casu proposito, secus si una remissa, necessario intelligeretur remissa alia. Exemplum in casu e converso, si est remissa servitus stillicidii non recipiendi: nam licet hoc casu videatur esse remissa servitus altius non tol-*

(1) *Ut l. quod conclave, de damn. infect. et not. Bart. in l. 1. circa fin. de servitut. leg. et habetur per Dd. in d. l. quod conclave.*

sovra un' altra, e poscia lega o vende una porzione di quella casa; oppure ove sieno più fratelli che abbiano la stessa casa, che la dividono poscia fra loro e ad uno tocca una parte che ha lo stillicidio, ad un altro un' altra parte che ha l' area sottoposta allo stillicidio; ed allora rispondi egualmente, che colla vendita (*****), col legato o colla divisione sembra essere imposta la servitù di sostenere i pesi permanenti, i quali erano sostenuti al tempo della divisione, del legato o della vendita. E da ciò si può discendere a molte questioni, come, se sia lecito fare un poggiuolo, o la cella del cesso, o la tromba ossia nappa del cammino nel detto muro sino al giusto sporto dello stillicidio, oppure aprire una finestra, o fare una fossa (******), o porre una ferrata nella mia area. Perchè se il terreno che sta sotto lo stillicidio appartiene al padrone di questo, allora ciò si potrà fare come nel proprio; in caso diverso, no. Di queste cose tuttavia tratterò più largamente nella specie relativa della casa da me immaginata (*k*).

XI. La decima ed ultima questione è questa. Se la tua casa deve alla mia due servitù: l' una, di non innalzare, l' altra che debba ricevere le sgocciolature de' miei edificii, e ti abbia concesso che mio malgrado tu possa levar più alte le tue case, ed in tal guisa t' abbia rimessa la servitù di non innalzare: per tutto ciò sembrerà forse ch' io t' abbia concesso d' innalzare quanto mai tu voglia, così che non sia più obbligato a ricevere i miei stillicidi? — Risponderai che no: perchè quella concessione o remissione s' intende nel senso: purchè tu sostenga la servitù di ricevere i miei stillicidii. E la ragione si è: che quelle servitù sono diverse e separate, per cui rinunciando ad una, non sembra rinunciarsi all'altra; e però in forza della servitù conservata ho ancora il diritto di proibire, ed in tal caso si allega sempre la legge *si domus;* locchè intendi nel senso che rimessa una, non s' intende necessariamente rimessa l' altra, perch' è affatto diversa, come nel caso proposto. Che se non fossero separate e diverse, rimessa l' una, s' intenderebbe rimessa necessariamente anche l' altra. Un esempio nel caso proposto parrebbe quello: che fosse rimessa la servitù di ricevere lo stillicidio, perchè allora sembrerebbe rimessa anche la servitù di non innalzare. Si allega,

(2) *L. altius, C. de servitut.*

(3) *Ut est casus in leg. si domus de servitut. rustic. praed.*

Digitized by Google

lendi (1) *allegatur, quod quando sunt jura diversa, et invicem non dependentia, licet tollatur unum, tamen alterum non tollitur* (2), *secus, ut vult gloss.* in d. leg. domus, quae est not. et pro dic. leg. nec is § 1 de acq. haered. *ubi repudiata haereditate ab intestato, ex testamento repudiata videtur, sine qua repudiatione prima stare non posset* (3). *Item allegatur ad alias q. quas ibi per Bald. et Ang. et Dd. Sed contra praedicta videtur esse text.* in l. si stillicidii. Quemadmod. servitut. amitt., *ubi dicitur, quod si stillicidii jus habeam in aream tuam: et permiserim tibi jus in ea aedificandi, jus stillicidii immittendi amitto. Sed solvo, quod* in d. l. si domus De servitut. urban. praed. *erant duae servitutes: ideo una remissa, altera non tollitur: quia potest operari in illa remissa, ut supra declaravi, sed in illa* l. si stillicidii *erat una servitus tantum: et ideo ad hoc, ut promissio vel concessio aedificandi in area postea facta aliquid operetur, illa servitus stillicidii quae sola erat, intelligitur esse remissa, et praedictis adde quae dicam infra de stillicidio sive tecto.*

(1) *Ut not. gloss. in d. l. si domus,* quam Dd. sequuntur, et *pro hoc l. si mihi eodem tempore, de servit. rust. praed. est text. in leg. sed interdum, de aqua plu. ar. et fac., leg.* 2. *de jurisdict. omn. jud. cum simil. et dict. l. si domus.*

(*) *Domum.* Domus sumitur multis modis. *Vide Corneum cons.* 198. *in* 3. *vol. et in* 4. *vol. cons.* 41.

(**) *Paries seu murus.* Murus seu paries inter binas aedes an et quando pro diviso et indiviso communis inter vicinos dicatur, *vide Corn. cons.* 184. *incipit licet, in* 1. *volum.*

(***) *Habet serv.* Add. Corn. *cons.* 74. *per totum, et cons.* 191. *et cons.* 193. *in* 3. *volum.*

(****) *Vicinus.* Adde Corn. *cons.* 127. *in* 1. *vol.* et Alex. 3. *vol. cons.* 57. *in pen. col.* § *locus autem, et in* 3. *volum.* Qui dicantur vicini, et quomodo accipiantur, *cons.* 22. *in* 2. *col. et in* 2. *vol. cons.* 179. *per totum.*

(*****) *Vendendo.* Si quis vendit rem cum servitute, utrum et quando intelligatur de servitute praesenti, et quando de futura. Alex. *con.* 28. *in* 3. *col. in princ. in* 1. *vol. et cons.* 120. *in* 2. *col.*

(******) *Foveam.* Fovea quae dicatur, adde Corn. *in* 4. *vol. cons.* 28.

che quando sono diritti diversi e non dipendenti a vicenda, benchè l' uno sia tolto, l'altro nondimeno rimane; ma se dipendessero scambievolmente, avverrebbe altrimenti, come vuole la glossa sulla citata legge *domus* ch' è notabile e sulla legge *nec is* § 1 *De acq. haered.*, dove col ripudio della eredità intestata sembra repudiata anche la testata, senza il quale ripudio la prima non potrebbe esistere. Del pari si allega per altre questioni, le quali si veggono in Baldo, in Angelo e ne'Dottori. Ma in opposizione alle predette cose sembra esservi un testo nella legge *si stillicidii.* ff. *Quemad. serv. amitt.*, dove è detto: che se io ho diritto di stillicidio sull' area tua e ti avrò permesso di fabbricare in essa, perdo il diritto d'immettere lo stillicidio. Ma io risolvo il dubbio in questo modo: che nella detta legge *si domus.* ff. *De serv. urb. praed.* si parla di due servitù, e però rimessa l' una, l' altra non si toglie; dunque si può operare in quella che fu rimessa, come ho spiegato antecedentemente. Ma nella legge *si stillicidii* si parla di una sola servitù, e però, affinchè la promessa o concessione di fabbricare nell' area operi qualche cosa, quella servitù di stillicidio ch' era sola s' intende essere rimessa. Alle predette cose aggiungi quanto poscia dirò circa lo stillicidio od il tetto (*l*).

(2) *Pro hoc dict. leg. sed interdum, sed si dependerent ad invicem.*

(3) *Ut ibi, et l. illud eod. tit.*

(*) *Casa.* Questo vocabolo si usa in molte maniere. *Vedi Corneo cons.* 198, *vol.* 3, *e cons.* 41, *del vol.* 4.

(**) *Parete o muro.* Se e quando il muro o parete posto fra due case si dica divisamente ed indivisamente comune tra i vicini, *vedi Corneo cons.* 184, *che principia* licet, *vol.* 1.

(***) *Ha servitù.* Aggiungi Corneo. *cons.* 74 *per intero, e cons.* 191 *e* 193 *nel* 3 *vol.*

(****) *Vicino.* Aggiungi Corneo *cons.* 127, *vol.* 1, ed Alessandro *vol.* 3, *cons.* 57, *col. pen.* § *locus autem, e nel* 3 *vol.* Quali si dicano vicini e come si ricevano *cons.* 22, *col.* 2, *e cons.* 119 *intero del* 2 *volum.*

(*****) *Col vendere.* Se alcuno vende la cosa con la servitù, se e quando s'intenda trattarsi di servitù presente e quando di futura. Alessandro *cons.* 28, *col.* 3 *in princ. vol.* 1, *e cons.* 120, *col.* 2.

(******) *Fossa.* Quale si dica fossa. Aggiungi Corneo, *vol.* 4, *cons.* 28.

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO XXVIII.

(*a*) In quante maniere può essere fatta discendere l'acqua piovana da un tetto?

Sembrami in due.

La prima col disporre la forma del tetto in modo che l'acqua per effetto di quella forma scorra giù in un dato sito liberamente a gocce o sgorghi senza essere raccolta in canali e scaricata da essi.

Ciò i Romani chiamavano *stillicidium*.

La seconda col raccoglierla in canali e scaricarla da essi in un dato sito unita seguente a guisa di fiume, qualunque sia la disposizione della forma del tetto.

Ciò i Romani chiamavano *flumen*.

E l'una e l'altra maniera di farla discendere dal tetto in un dato sito, parmi che pei Codici Napoleone ed austriaco sia compresa sotto la denominazione generale di stillicidio.

Infatti pel § 489 del Codice austriaco, quando l'acqua piovana scoli ossia discenda dal tetto, sia nell'una sia nell'altra delle suddette maniere, cioè tanto per via di canali quanto liberamente ossia senza canali, havvi stillicidio.

Dunque per quel Codice e l'una e l'altra maniera di far scolare, di far discendere l'acqua piovana dal tetto è stillicidio.

E per l'art. 681 del Codice Napoleone l'acqua piovana scola, cade dal tetto.

Ora può scolare, cadere da esso tanto liberamente senza canali, quanto per via di canali, dunque anche qui nell'una o nell'altra delle suddette maniere.

Dunque e l'una e l'altra maniera anche pel Codice Napoleone è stillicidio, come lo prova la intestazione del suddetto art. 681.

Dunque per quei Codici è stillicidio e quello che i Romani chiamavano *stillicidium* e quello che appellavano *flumen*.

Il Codice Napoleone fa cenno dello stillicidio in quella intestazione, e nell'art. 688.

Ma in nessun luogo tratta appositamente della servitù dello stillicidio.

Il Codice austriaco parla di quella servitù nei seguenti §§.

Pel § 475 n. 6 havvi il diritto di dirigere il proprio stillicidio sul fondo altrui.

Pel § 489 chi ha il diritto di stillicidio può far scolare, discendere l'acqua piovana dal proprio sull'altrui tetto o liberamente o per mezzo di canali.

Pel § 476 n. 12 havvi l'obbligo di non deviare il proprio stillicidio dal fondo del vicino cui può essere utile per irrigare (adacquare, inaffiare) il suo orto, per empiere la sua cisterna o per altro oggetto.

Pel § 490 havvi il diritto di condurre dal tetto del vicino l'acqua piovana sul proprio fondo.

A proposito di questi §§ ponno essere fatte le seguenti domande.

1.° Il diritto portato dal § 490 è di stillicidio?

Parmi di sì.

Infatti quel § tra le varie opere destinate a condurre dal tetto del vicino l'acqua piovana sul proprio fondo annovera anche i canali.

Ma ho mostrato di sopra che anche il far discendere da un tetto l'acqua piovana per canali è stillicidio.

Dunque anche il diritto portato dal suddetto § è di stillicidio.

Anche lo Schuster ai §§ 135, 136 del suo trattato sul diritto di fabbricare lo riterrebbe tale.

2.° I §§ 475, n. 6 e 489 parlano della stessa ovvero di due diverse servitù?

Parmi della stessa.

Ambedue parlano della servitù di dirigere il proprio stillicidio sul fondo (o sul tetto altrui).

Il primo annovera fra le servitù urbane quella di dirigere il proprio stillicidio sul fondo altrui, senza altro specificare.

Il secondo specifica che quel diritto di stillicidio può essere esercitato in due maniere, l'una col far scolare, discendere liberamente cioè senza canali l'acqua piovana sul tetto altrui, l'altra col farla scolare, discendere per via di canali.

Digitized by Google

Dunque e l'uno e l'altro parlano della stessa servitù di stillicidio.

3.° È egli vero che i §§ 475 n. 6 e 498 contemplino soltanto il diritto di far discendere, di condurre il proprio stillicidio sul fondo o sul tetto altrui per via di canali e non il diritto di farvelo scolare, discendere per la disposizione data alla forma del tetto, liberamente senza canali?

Ciò non mi sembra vero per le seguenti ragioni.

Quando infatti io abbia il diritto di dirigere il mio stillicidio sul fondo o sul tetto altrui, posso (ove titolo o possesso non vi ostino) dare al mio tetto tal forma di costruzione da far sì che quello stillicidio vi discenda liberamente, cioè non raccolto in canali nè scaricato da essi.

Posso anche nella suddetta ipotesi, qualunque sia la forma della costruzione del mio tetto, raccogliere quello stillicidio in canali e farlo da essi discendere.

In qualunque di questi due modi lo faccia discendere, sempre lo conduco, lo dirigo.

Lo dirigo costruendo il tetto in forma da farvelo discendere senza canali.

Lo dirigo egualmente facendolo discendere per via di canali.

E se nell'uno e nell'altro modo lo dirigo, e se della direzione di esso parlano i §§ 475 n. 6 e 498, ne viene che parlano e della direzione libera senza canali e di quella per via di canali.

Non è dunque vero che parlino soltanto della direzione mediante canali.

A convincersene basta poi leggere il § 498, che combinato col § 475 n. 6 dice che chi ha il diritto di dirigere lo stillicidio sul fondo o sul tetto altrui può farlo scolare ossia dirigerlo e liberamente, cioè senza canali e mediante canali.

4.° I §§ 476 n. 12 e 490 parlano della stessa ovvero di due diverse servitù.

Parmi che lo Schuster ai §§ 134, 135 del suddetto suo trattato opini essere la servitù del § 490 diversa da quella del § 476 n. 12.

Il motivo più forte della sua opinione parmi essere il seguente.

Nelle servitù negative, direbb'egli, il possessore del fondo serviente nulla fa essendo soltanto obbligato a tralasciare di fare.

Ma in esse anche il possessore del fondo dominante nulla fa avendo soltanto il diritto di proibizione onde il possessore del fondo serviente tralasci ciò che su esso altrimenti avrebbe diritto di fare.

Nelle servitù affermative al contrario il possessore del fondo dominante fa qualche cosa che quello del fondo serviente dee tollerare.

Ora pel § 490 il possessore del fondo dominante fa qualche cosa sul fondo serviente, perchè conduce da esso lo stillicidio sul proprio fondo.

Dunque se fa qualche cosa, la servitù del § 490 non è negativa ma affermativa.

E se è affermativa, non è la servitù stessa del § 476 n. 12 di non deviare il proprio stillicidio dal fondo altrui, ch'è evidentemente negativa.

Ma col rispetto dovuto a quel bello ed acuto ingegno parmi che la sua argomentazione non sia senza risposta.

Sia pure che nelle servitù negative il possessore del fondo dominante altro diritto non abbia che quello di proibizione.

Ma in genere quando lo esercita, non fa egli qualche cosa appunto esercitandolo?

Ma in ispecie nel caso del § 476 n. 12 non fa qualche cosa quando pel proprio vantaggio usa dello stillicidio che il possessore del fondo serviente non può deviare?

Ora se da un lato anche nelle servitù negative il possessore del fondo dominante fa qualche cosa, e se dall'altro lato quelle servitù nelle quali fa qualche cosa sono affermative, non potrebbe dirsi nel nostro caso che la servitù del § 476 n. 12 è negativa ad un tempo ed affermativa?

Negativa pel possessore del fondo serviente che pel § 476 n. 12 non può deviare lo stillicidio?

Affermativa pel possessore del fondo dominante che pei §§ 476 n. 12, e 490 può usare ed usa di quello stillicidio?

Digitized by Google

Quando io avessi il diritto del § 490, di condurre a mio vantaggio e sul mio fondo lo stillicidio dal tetto di un altro, quest' altro aver dovrebbe l' obbligo del § 476 n. 12 di non deviarmelo, perchè se potesse deviarlo io non potrei condurlo.

Viceversa quando l' altro avesse l' obbligo del § 476 n. 12 di non deviare dal mio fondo cui può essere utile il suo stillicidio, io aver dovrei il diritto del § 490 di condurvelo, perchè se non avessi il diritto di condurlo, l' altro non potrebbe aver l' obbligo di non deviarlo.

Così il mio diritto del § 490, di condurre lo stillicidio, corrisponderebbe all' obbligo del § 476 n. 12, all' obbligo cioè dell' altro di non deviarmelo.

E viceversa l' obbligo del § 476 n. 12 corrisponderebbe al diritto del § 490.

Dunque i §§ 476 n. 12, e 490 sarebbero connessi fra loro e porterebbero una sola e la medesima e non due diverse servitù.

Il § 490 porterebbe cioè la servitù attiva dello stillicidio per me che avrei il diritto di condurlo sul mio fondo dal tetto di un altro.

Ed il § 476 n. 12 porterebbe la stessa servitù passiva dello stillicidio per l' altro, che avrebbe l' obbligo di non deviarne la condotta sul mio fondo dal suo tetto.

Quella condotta poi può aver luogo, come ho detto a principio della presente annotazione, o mediante o senza canali.

Sicchè se in queste ragioni non m' ingannassi, il Codice austriaco veramente non contemplerebbe altro che due servitù di stillicidio.

Quella dei §§ 475 n. 6 e 489 che mi dà il diritto di dirigere lo stillicidio dal mio tetto sul tetto o sul fondo altrui, che hanno l' obbligo di tollerarlo.

E quella dei §§ 476 n. 12, e 490 che mi dà l' obbligo di non deviare lo stillicidio del mio tetto dal tetto o dal fondo altrui che hanno il diritto di condurvelo.

Queste due servitù sarebbero poi visibilmente tra esse diverse.

La prima andrebbe a vantaggio del mio tetto ed a peso del tetto o del fondo altrui.

La seconda andrebbe a vantaggio del tetto o del fondo altrui ed a peso del mio tetto.

5.° Le servitù urbane dei §§ 475 n. 6, 475 n. 12, 489, 490 sono diverse da quelle pure urbane dei §§ 475 n. 7, e 491?

Sembrami di sì, perchè le prime pel Codice austriaco sono quelle degli stillicidii e le seconde quelle delle cose fluide e da non confondersi con quelle degli stillicidii.

Lo stesso Codice austriaco non le confonde, giacchè porta disgiuntamente al n. 6 del § 475 ed al n. 12 del § 476 quelle degli stillicidii, ed al n. 7 del § 475 quella delle cose fluide.

Il Cipolla nel presente Capo parla della servitù di far rivolgere, di far cadere lo stillicidio dal mio tetto sul tetto od area altrui.

Parmi che parli propriamente della servitù dello stillicidio contemplata dai §§ 475 *n. 6* e 489 del Codice austriaco.

(*b*) Per l'art. 681 del Codice Napoleone l' acqua della pioggia che scola cade dal tetto di un proprietario, in regola non dee scolare, cadere sul fondo altrui.

Lo stesso esser dee anche pel Codice austriaco, giacchè in regola non dee essere permesso ad un proprietario d' invadere la proprietà altrui facendo scolare, cadere l' acqua piovana dal proprio tetto sul fondo o sul tetto altrui.

Il diritto di farvela scolare, cadere dee dunque essere acquistato.

Cioè dev' essere acquistata la servitù di dirigere lo stillicidio dal proprio tetto sul tetto o sul fondo altrui, servitù portata dai §§ 475 n. 6 e 489 del Codice austriaco.

Acquistata quella servitù il proprietario del tetto può, come ho osservato nell' annotazione *a* del presente Capo, dirigerlo sul tetto o sul fondo altrui, a norma del proprio acquisto in due maniere, cioè o liberamente senza canali o mediante quei canali.

E nell' uno e nell' altro caso trattasi sempre della stessa servitù di stillicidio esercibile però nell' una o nell' altra delle suddette maniere.

Propriamente non trattasi di due, ma di una sola servitù, però in due modi esercibile.

Domando ora se il diritto di condurre lo stillicidio dal proprio tetto sulla pubblica via sia servitù nel senso della legge civile?

Parmi di no per quello che ho detto nell' annotazione *d* del Capo XVI.

Col dirigere il proprio stillicidio sulla pubblica via il privato non acquista nè esercita su essa quella servitù.

Digitized by Google

Usa naturalmente sulla via pubblica di quella specie di proprietà ch' è lasciata libera, perchè ne possa godere, al pubblico del quale fa parte.

Appoggierebbe questa opinione anche il Decreto del Governo di Venezia del 5 luglio 1824 N. 2072 riportato dal sig. del Colle alla pag. 49 del suo Manuale di acque e strade ecc. da me citato nell' annotazione *b* del Capo VIII.

Quel decreto avrebbe detto che non potendo avere i proprietarii di case acquistato tacitamente un diritto di servitù sulla strada pubblica, l' autorità politica che dee togliere e regolare quanto pregiudica la sicurezza, il comodo, la libertà, la decenza del pubblico transito ha dovere e facoltà di stabilire all' uopo i relativi regolamenti ed anche comminatorie perchè sieno eseguiti.

(*c*) Pel § 480 del Codice austriaco anche la servitù di dirigere il proprio stillicidio sul tetto o sul fondo altrui si acquista col fondamento :

1.° del contratto, della disposizione di ultima volontà e della sentenza del giudice sulla divisione di un fondo comune ;

2.° della prescrizione (usucapione.)

Nel linguaggio dell'art. 690 del Codice Napoleone, che come servitù continua ed apparente contempla anche quella dello stillicidio, l'acquisto al n. 1 ha luogo in forza di titoli ossia atti scritti ; quello al n. 2 mediante un possesso atto ad indurre quella prescrizione.

Siccome poi pei combinati §§ 434, 845, 1468 del Codice austriaco ritengo che anche presso noi il contratto, l' atto di ultima volontà, la sentenza giudiziale che acquistar fanno la proprietà e gli altri diritti reali, quindi anche le servitù su immobili, debbano essere ridotti ad atti scritti (titoli secondo il Codice Napoleone), così perchè esprimenti le stesse idee in modo più conciso, adopero parlando su ambedue i Codici le parole titolo e possesso, per esprimere gli acquisti delle servitù prediali ai n. 1 e 2.

Anche in queste servitù il contratto e per identità di principii ogni altro titolo ed anche il possesso non ponno per l' art. 6 del Codice Napoleone, ed anche pel Codice austriaco derogare alle leggi che interessano l' ordine pubblico ed il buon costume.

Fuori di questo caso il contratto e per quella identità di principii ogni altro titolo è la legge delle parti alla quale deggiono esattamente attenersi.

Ciò emerge dall' art. 1134 del Codice Napoleone pel quale le convenzioni legalmente formate hanno forza di legge per coloro che le han fatte ; non ponno essere rivocate che o per mutuo loro consenso, o per le cause autorizzate dalla legge e deggiono essere di buona fede eseguite.

Ciò emerge eziandio dai §§ 902, 919 del Codice austriaco. Per essi i contratti deggiono essere eseguiti nel tempo, nel luogo e nel modo stabilito dalle parti.

E se una parte ommette intieramente di adempiere il contratto o non lo adempie nel tempo, nel luogo o nel modo convenuto, l' altra parte, eccettuati i casi determinati dalla legge o di una riserva espressa, non ha diritto di chiederne lo scioglimento, ma solo l' esatto adempimento di esso e la indennizzazione.

Dunque quando le condizioni della servitù prediale ed i modi di esercitarla sono determinati dal titolo che l' ha costituita, quel titolo li regola.

Non determinati dal titolo, subentra a regolarli la legge.

Il possesso inducente la prescrizione acquisitiva (usucapione) di una servitù prediale, presupponendosi in quella prescrizione la volontà, il tacito consenso di una parte di concedere e di tollerare la servitù, e dell'altra parte di acquistarla e di esercitarla,

Digitized by Google

entrano nella categoria di quei canali de' quali parla specialmente il § 489 del Codice austriaco?

Parmi di no.

L' uso generale del linguaggio distingue fra tegole e canali.

Fra le une e gli altri parmi che debbasi distinguere anche pel diritto romano.

A pagine 110, 111 del trattato da me citato nell' annotazione *b* del Capo XXIII, il Romagnosi dice che per quel diritto, lo stillicidio cade dal tetto o per via di gocce o sgorghi staccati ovvero per via di corrente seguita a guisa di fiume.

Ma per via di tegole cade a gocce o sgorghi staccati; per via di canali cade a guisa di fiume.

Dunque pel diritto romano la via delle tegole non è quella dei canali.

Non lo è nemmeno pel Codice austriaco.

Pel suddetto § 489 chi ha il diritto dello stillicidio può farlo scolare dal tetto o liberamente o per mezzo di canali.

Lo scolare liberamente contrapposto allo scolare per canali, significa che scolando lo stillicidio liberamente, scola senza canali.

Ma per via di tegole scola senza canali.

Dunque anche pel Codice austriaco la via delle tegole non è quella de' suddetti canali.

Ciò premesso osservo:

1.° Acquistata quella servitù di stillicidio per titoli, chi ne usa non può per l'art. 702 del Codice Napoleone usarne se non secondo il suo titolo.

Ciò emerge anche dall' art. 1134.

Dunque se il titolo vuole che lo stillicidio sia diretto soltanto per via di canali, non può esserlo senza il consenso di ambe le parti per via di tegole, via come ho detto diversa.

E se il titolo lo vuole diretto soltanto per via di tegole non può esserlo senza quel consenso per via di canali.

E ciò perchè prescrivendo il titolo un determinato modo di direzione ed escludendo quindi l'altro, il possessore del fondo dominante star dee al proprio titolo.

Unilateralmente non ha scelta del modo nè può cambiarlo.

Dee usare dello stillicidio nel modo prescritto dal titolo e non in altro.

Come debba poi usarne nel modo prescritto dal titolo, lo dirò al n. 3.

Lo stesso sembrami doversi dire anche pel Codice austriaco.

Pel § 484 chi ha il diritto di stillicidio può esercitarlo a suo grado.

Ma dee intendersi sempre secondo il titolo e non in modo contrario ad esso, perchè deviando dal titolo, l' avente diritto non userebbe ma abuserebbe.

Stabilito dunque dal titolo il modo determinato di dirigere lo stillicidio p. e. per via di tegole, anzichè di canali o viceversa, il possessore del fondo dominante non ha scelta nè può unilateralmente mutare quel modo.

Ciò emerge anche dai §§ 902, 919 di quel Codice.

Anche qui dirò al n. 3, come il possessore del fondo dominante usar debba dello stillicidio nel modo prescritto dal suo titolo.

Ma se il titolo nulla stabilisse sul modo di dirigere lo stillicidio, o se lo stabilito modo fosse impossibile, p. e. se lo stillicidio dovesse essere diretto soltanto per via di tegole in un sito nel quale giungere non può se non per via di canali, locchè equivarrebbe al non essere stabilito alcun modo, a chi pel Codice Napoleone spetterebbe la scelta di quel modo?

Quando i possessori dei fondi dominante e serviente fossero discordi e non avessero compromesso in un arbitro, e quando il modo non fosse già stato fissato da un possesso inducente prescrizione acquisitiva, parmi che per quel Codice la scelta del modo non debba spettare nè all'uno nè all' altro di essi ma al giudice ordinario.

E ciò per le ragioni che ho addotto nell' annotazione *b* al Capo XXIII sul sito della servitù che mi sembrano applicabili anche al modo di usarne.

Ma pel Codice austriaco la cosa non andrebbe così.

Pel § 489 chi ha [illegible]

Digitized by Google

più modi, la scelta del modo spetta all' obbligato; quindi se la servitù dello stillicidio fu accordata eseguibile in più modi, la scelta fra quei modi spetta al possessore del fondo serviente.

2.° Quando poi il modo di dirigere lo stillicidio, o per via di tegole, o per via di canali soltanto, sia stato fissato da un possesso inducente la prescrizione acquisitiva di esso, parmi che pel Codice Napoleone e per l' austriaco il possessore del fondo dominante debba usarne secondo il suo possesso in quel modo, senza che possa unilateralmente mutarlo.

Anche quel modo è un diritto.

Dunque per l' art. 2219 del Codice Napoleone e pei §§ 1451, 1452 dell' austriaco può essere acquistato mediante possesso inducente prescrizione appunto acquisitiva.

Acquistato così il modo, dee essere osservato, nè può essere unilateralmente dal possessore del fondo dominante mutato.

D' altronde ho detto che quel possesso produce gli stessi effetti di un titolo.

Ma il modo fissato dal titolo esser dee osservato.

Dunque dee esserlo anche quello fissato dal possesso.

Dirò poi anche qui al n. 3, come il possessore del fondo dominante usar debba dello stillicidio pur usandone nel modo fissato da quel possesso.

Ma ciò tutto andrà bene quando non esista alcun titolo, ovvero quando esistendone uno, questo non fissi il modo preciso e possibile di dirigere lo stillicidio.

Andrà poi bene anche quando un titolo prescriva il modo preciso e possibile contrario?

Potrà esservi in questo ultimo caso prescrizione acquisitiva mediante il possesso, di un modo contrario a quello prescritto dal titolo?

Ossia vi potrà essere prescrizione acquisitiva del modo, contro il proprio titolo?

Pel Codice Napoleone, direi di sì.

Per l'art. 2240 di quel Codice non ha luogo prescrizione contro il proprio titolo all'effetto di cambiare riguardo a sè stessi la causa, il principio del proprio possesso.

Ma qui non sarebbe cambiata la causa, la origine del possesso che sarebbe sempre a titolo di servitù; ma solo il modo del possesso stesso dell' uso.

D'altronde: la servitù dello stillicidio può essere non estinta per prescrizione, perchè il possessore del fondo dominante ne ha fatto uso per tutto il tempo dell' art. 706.

Ma non estinta così la servitù, può essere però per l' art. 708 estinto per prescrizione il modo di usarne stabilito dal titolo, e ciò perchè di quel modo non è stato fatto dal possessore del fondo dominante uso per tutto il tempo del suddetto art. 706.

Ma sussistendo in quel caso la servitù perchè ne è stato sempre da quel possessore fatto uso, ciò vuol dire che se non ne ha usato nel modo prescritto dal titolo, ne ha però fatto uso nel modo dal titolo escluso, perchè se in nessuno di quei modi ne avesse fatto uso, essa non sussisterebbe.

E se sussiste, sebbene quel possessore ne abbia fatto uso nel modo dal titolo escluso, ciò vuol dire ch' esso usandone in quel modo, ha potuto conservarla sussistente coll' usarne in modo contrario a quello prescritto dal suo titolo.

Ed avendone usato in modo contrario a quello del titolo per tutto il tempo bastante ad indurre la prescrizione acquisitiva di quel modo, ha potuto acquistare il modo stesso per prescrizione contro il suo titolo.

Duque havvi quella prescrizione acquisitiva del modo anche contro il titolo.

Lo stesso direi anche pel Codice austriaco.

Deggio ripetere che per quel Codice anche il modo di dirigere lo stillicidio può essere acquistato dal possessore del fondo dominante per usucapione.

E può essere così acquistato anche un modo di dirigerlo contrario a quello prescritto da un titolo.

Quel titolo p. e. obbliga il suddetto possessore a dirigerlo soltanto per via di tegole.

Digitized by Google

E rispettivamente, dirigendo il possessore del fondo dominante per tutto quel tempo lo stillicidio nel modo diverso da quello del titolo, ha per la tolleranza, per la non proibizione del possessore del fondo serviente acquistato secondo il § 1452 per usucapione il diritto di dirigerlo in quel modo diverso.

3.° Ho detto che il possessore del fondo dominante dee dirigere lo stillicidio nel modo prescritto dal titolo o fissato da un possesso inducente la prescrizione acquisitiva di quel modo e che non può unilateralmente mutarlo.

Ma pur stando al modo stabilito da quel titolo o da quel possesso, come dee nel sudto modo dirigerlo?.

Per l' art. 702 del Codice Napoleone dee dirigerlo in quel modo senza fare in esso innovazioni che rendano più onerosa la condizione del fondo serviente.

E pei §§ 484, 489 del Codice austriaco dee dirigerlo in quel modo, piuttosto restringendo che estendendo la servitù e non rendendola più gravosa al suddetto fondo serviente.

Cioè per ambe i Codici dee dirigerlo in quel modo rendendo meno anzichè più onerosa la condizione di quel fondo.

P. e. dirigendolo per via di tegole non può dare al proprio tetto tale pendio da far discendere l' acqua piovana con forza maggiore quando dandogli un pendio diverso possa esser fatta discendere con minor forza sul tetto o sul terreno altrui.

E dirigendolo per via di canali dee dirigerlo non per un solo ma per più canali, quando da un solo cada con forza maggiore e da più con forza minore.

(*d*) Chi ha diritto o per titoli o per possesso di dirigere lo stillicidio sul tetto o sul fondo altrui entro uno spazio determinato, p. e. di due piedi e non più, non può dirigerlo oltre a quel limite.

Dirigendolo, invaderebbe il tetto od il fondo altrui libero, cioè non soggetto alla servitù.

(*e*) Quando il titolo proibisca di ergere più in alto o di abbassare il tetto dal quale *cade lo stillicidio*, il possessore del fondo dominante non può unilateralmente farlo per quello che ho detto nell' annotazione *c* del presente Capo.

Ma quando il titolo non proibisca di ergerlo più in alto, quel possessore può ergerlo pel § 489 del Codice austriaco.

Ergendolo però dee fare in modo da rendere meno anzichè più gravosa la condizione del fondo serviente.

Parmi di poter dire lo stesso anche secondo l' art. 702 del Codice Napoleone.

Non proibito dal titolo di ergere più in alto il tetto, quel possessore ergendolo, non contravviene a quel titolo.

Dunque può ergerlo.

Solo ergendolo più in alto non dee rendere più onerosa la condizione del fondo serviente.

Cioè l' innalzamento dee essere fatto in guisa da rendere meno anzichè più onerosa quella condizione.

Lo stesso parmi che debba dirsi anche quando l' abbassamento del tetto non sia vietato dal titolo.

Perchè non potrà essere abbassato quando le cose esser possano disposte in modo, da recare con quell'abbassamento minore anzichè maggiore aggravio al fondo serviente?

Il dire che può ergersi più in alto il tetto, perchè da tetto più alto lo stillicidio discende in massa minore e quindi aggrava meno il fondo serviente, non mi sembra motivo [illegible]

Digitized by Google

e da questa scaricato lungo il muro per via di canale chiuso, potrà assolutamente dirsi che la massa dell' acqua diventi minore? E potrà dirsi cadere con minor forza di gravità. quando dalla grondaja cada mediante cannoni dall' alto del tetto? Potrà dirsi insomma che in ambedue questi casi l' innalzamento maggiore del tetto aggravi di meno il fondo serviente?

E non potrebbe invece dirsi cadere nel primo caso in massa non minore e nel secondo con forza maggiore, sicchè quel fondo ne venga di più aggravato?

Se ciò è e se l' innalzamento maggiore del tetto può rendere la servitù ora più ed ora meno gravosa al fondo serviente, non dovrebbe quell' innalzamento essere, secondo i casi, ora permesso ed ora proibito, e non già sempre permesso?

Così il dire che l' abbassamento del tetto è proibito perchè aumenta la massa dell'acqua ed è perciò più gravoso al fondo serviente, non mi sembra motivo che escluda anche qui assolutamente ogni eccezione.

L' abbassamento del tetto se da un lato rende più gravoso lo stillicidio, perchè lo fa discendere sul sito sul quale dee cadere in massa maggiore, nol rende dall' altro lato meno gravoso col farlo perchè da luogo più basso discendere con forza minore di gravità?

Anche qui se ciò è, rendendo l' abbassamento del tetto la servitù or più ed or meno gravosa, non dovrebbe, secondo i casi, essere ora permesso ed ora proibito e non già sempre proibito?

Ciò tutto poi considerato non è meglio dire che l' innalzamento maggiore o l'abbassamento del tetto non proibiti dal titolo deggiano essere permessi ma a patto di disporre le cose in modo che per essi non sia resa più onerosa la condizione del fondo serviente?

Ho detto che il possesso inducente prescrizione acquisitiva di una servitù, porta gli stessi effetti di un titolo che l' avesse fatta acquistare.

Se un titolo mi ha dato il diritto di far cadere sul tetto o sul terreno altrui lo stillicidio dal mio tetto che all' atto dell' acquisto della servitù esisteva ad una data altezza, e se intorno all' innalzamento maggiore od all' abbassamento di esso quel titolo nulla ha disposto, io, come ho detto di sopra, potrò ergerlo più in alto od abbassarlo a patto di non rendere con ciò più onerosa la condizione del fondo serviente.

Portando ora il suddetto possesso gli effetti del titolo, ne viene che se per possesso inducente prescrizione acquisitiva ho il diritto di far cadere sul tetto o sul fondo altrui lo stillicidio dal mio tetto, che all' atto dell'acquisto, cioè quando la prescrizione si è a mio favore compiuta, esisteva ad una data altezza, potrò ergerlo più in alto ed abbassarlo come nel caso del titolo ed al suddetto patto, perchè in sè e per sè stesso quel possesso non me lo proibisce.

Non sembrami cioè che a ciò quel possesso si opponga in nessun modo.

Infatti se per esso ho acquistato il diritto di far cadere lo stillicidio dal mio tetto che a prescrizione acquisitiva compiuta esisteva ad una data altezza, la proibizione di ergere più in alto o di abbassare quel mio tetto quando l' innalzamento maggiore o l'abbassamento non rendano più oneroso lo stato del fondo serviente, non mi pare condizione sottintesa, implicita, necessaria di quell' acquisto mediante il possesso, come non lo è nel caso dell' acquisto per titoli che non la contengano.

(*f*) In quanto alla cessazione temporanea ossia alla interruzione della servitù dello stillicidio per essere perito o per essere fuori di stato di esercitarla l' edifizio dominante, ed in quanto al ripristinamento di essa per la restituzione di quell' edifizio allo stato primiero, mi riferisco a ciò che ho detto nell' annotazione *a* I del Capo XXIV.

Qui solo osservo quanto appresso.

1.° Acquistata quella servitù mediante titoli, ov' essi stabiliscano che perito o ridotto l' edifizio dominante fuor di stato di esercitarla, essa, se anche ristabilito, non debba rivivere, non riviverà.

Non prescrivendo ciò il titolo, in generale riviverà.

Non riviverà poi quando l' edifizio dominante venisse ristabilito o riposto in istato di esercitarla ad un tempo in cui fosse [illegible]

Digitized by Google

rivivere, quando l' edifizio dominante sia stato ristabilito o riposto in istato di esercitarla, come non lo è nel caso di un titolo che nella medesima ipotesi ciò non abbia prescritto.

Dunque, ristabilito l' edifizio dominante che prima era perito od era fuor di stato di esercitarla, in generale riviverà la servitù.

Non riviverà se quell' edifizio fosse ristabilito dopo estinta per prescrizione.

Se per nuovo possesso inducente prescrizione (usucapione) venisse dopo acquistata, non sarebbe la primiera ma una novella servitù.

3.° Ristabilito l'edifizio dominante ad un tempo in cui la servitù dello stillicidio possa rivivere, mi sembra indifferente che lo sia o no nella identica forma di prima.

Basta che la servitù possa essere in tutto od in parte esercitata come prima, senza essere più comoda pel possessore dell' edifizio dominante e più gravosa pel fondo serviente.

(g) Acquistata la servitù per titoli, se essi permettono al possessore del fondo serviente di edificare sullo spazio di terreno sul quale cader dee lo stillicidio, ei può farlo.

Ove il titolo lo proibisca si deve stare ad esso.

Tacendo il titolo subentra la disposizione della legge.

L' art. 701 del Codice Napoleone riguarda ogni variazione nello stato dei luoghi, ogni trasferimento della servitù in sito diverso da quello dove fu originariamente stabilita, come scemante o rendente più incomodo al possessore del fondo dominante l' uso di essa.

Tanto è vero che vieta al possessore del fondo serviente quella variazione, quel trasferimento.

Ora se il possessore del fondo serviente edifica sullo spazio di terreno sul quale cader dee o cade lo stillicidio, sembra certo cangiar egli lo stato dei luoghi, giacchè mette l' edifizio sul terreno ed in luogo del terreno, e cangia così il terreno in edifizio.

Pare anche che trasferendo la servitù dal terreno all' edifizio, la trasferisca in altro sito.

Dunque in generale non potrebbe edificare.

In particolare però per quell' art. se la primitiva destinazione della servitù gli è divenuta più onerosa, può offrire altro sito egualmente comodo per l' esercizio del suo diritto al possessore del fondo dominante che non può rifiutarlo.

Dunque se la caduta dello stillicidio sul sito del terreno è divenuta più onerosa al possessore del fondo serviente ed egli lo provi, pare che possa offrire altro sito egualmente comodo su cui farlo cadere al possessore del fondo dominante e che questi non possa rifiutarlo.

E se quel sito egualmente comodo fosse un edifizio eretto sul terreno sul quale cader dee o cade lo stillicidio, sembra che il possessore del fondo serviente potrebbe edificare.

Così il § 485 del Codice austriaco dispone in generale che nessuna servitù possa arbitrariamente, cioè senza il consenso di ambi i possessori, disgiungersi dalla cosa serviente nè trasferirsi ad altra cosa.

Dunque anche per quel § in generale sullo spazio di terreno sul quale cader dee o cade lo stillicidio il possessore del fondo serviente non potrebbe arbitrariamente edificare perchè edificando, lo stillicidio sarebbe disgiunto dalla cosa serviente, ch' è il terreno, e sarebbe trasferito ad altra cosa, ch'è l' edifizio.

Però nel caso speciale accennato di sopra, di provato maggior onere del fondo serviente, parmi che valere dovrebbe anche pel Codice austriaco ciò che a proposito del sito ho osservato nell' annotazione *a* del Capo XXIII.

Cioè dovrebb' essere permessa al possessore del fondo serviente e non dovrebb' essere rifiutata da quello del dominante la sostituzione del sito dell' edifizio al sito del terreno onde farvi cadere lo stillicidio, quando la sostituzione fosse egualmente comoda al secondo di quei possessori.

A queste condizioni parmi che il possessore del fondo serviente potrebbe anche pel Codice austriaco edificare sullo spazio di terreno dello stillicidio.

Quello che vale per la servitù dello stillicidio acquistata per titoli, parmi che per ambi i Codici valer dovrebbe anche se acquistata per possesso inducente prescrizione (usucapione.)

Digitized by Google

Acquistato mediante quel possesso il diritto di far cadere lo stillicidio su uno spazio di terreno altrui. il possessore del fondo serviente in generale non può su quello spazio edificare senza assenso del possessore del fondo dominante.

Ma in particolare potrebbe farlo, quando la sostituzione dell' edifizio al terreno togliendogli un provato maggior onere fosse egualmente comoda per la caduta dello stillicidio al possessore del fondo dominante.

Finalmente nel caso dell' acquisizione della servitù di condurre lo stillicidio su uno spazio di terreno altrui, o per titoli o per possesso, se il possessore del fondo serviente avesse su quello spazio edificato e l' edifizio avesse sussistito in modo e pel tempo richiesti ad acquistare per prescrizione (usucapione) il diritto di conservarlo, parmi che dovrebb' essere conservato e non potrebbe esser tolto.

(*h*) Quando il possessore del fondo serviente lasci sul suo terreno, libero del tutto lo spazio sul quale cader dee o cade l' altrui stillicidio, ei può benissimo edificare sul rimanente suo terreno non soggetto alla servitù, senza lasciare fra la estrema linea di quello spazio ed il suo edifizio nessuna distanza.

Lo può perchè pei §§ 297, 362 del Codice austriaco, sul proprio terreno ei può edificar quanto vuole senza lasciare distanze.

Lo può perchè per l'art. 552 del Cod. Nap. può fare sul proprio suolo tutte le costruzioni che stima a proposito e perchè nel titolo delle servitù prediali e specialmente nell'art. 674 non trovo disposizioni che nel presente caso gli prescrivano di lasciare distanze.

Tanto più lo può per ambi i Codici in quanto che lasciando libero lo spazio destinato a ricevere lo stillicidio, non lede alcun diritto altrui che fosse tenuto a rispettare.

Lo stesso dovrebbe dirsi anche pei Codici di Parma e di Napoli che ripetono il primo negli art. 576, 525 ed il secondo negli art. 477, 595, le disposizioni degli art. 552, 674 del Codice Napoleone.

Meritano poi di essere letti gli art. 591-598 del Codice pel regno di Sardegna, sulle distanze prescritte in qualunque costruzione.

(*i*) Qui sembrami doversi distinguere.

1.° La via od altra pubblica area destinata agli usi della via non è proprietà privata.

Lo stillicidio delle case non vi cade nemmeno per diritto di servitù secondo la legge civile.

I proprietarii di esse altro non hanno su quella via od area che la loro parte dell'uso lasciato a vantaggio di tutti.

Su ciò veggasi quello che ho detto nelle annotazioni *d* al Capo XVI e *b* al presente Capo.

2.° Se è provato dirigere io il mio stillicidio su un terreno privato a titolo di servitù, quel terreno è d' altri e non mio.

Se fosse mio non potrei avere su esso diritto di servitù, perchè le servitù aggravano non i proprii ma gli altrui fondi.

3.° Se fosse mio, lo stillicidio vi cadrebbe a titolo di proprietà.

(*k*) Tra la mia casa e quella del mio vicino havvi uno spazio di terreno, che non è via nè area pubblica e che non è nemmeno proprietà, posseduta da un terzo privato.

Quello spazio di terreno dee essere o mio o del vicino.

Digitized by Google

zione acquisitiva (usucapione), ed allora parmi che in forza dei suddetti atti di possesso, si debba fino a prova contraria presumere che vi faccia cadere lo stillicidio a titolo di proprietà e che quello spazio di terreno sia mio e non del mio vicino.

2.° O invece ho esercitato tutti quegli altri atti di possesso esclusivo senza opposizione od impedimento del vicino e senza che vi abbia precarietà, nel modo e nel tempo inducenti a favor mio prescrizione acquisitiva (usucapione) della proprietà, ed allora parmi che si debba ritenere che vi faccia cadere lo stillicidio a titolo di proprietà e che quello spazio sia egualmente mio e non del mio vicino.

3.° O il mio vicino esercitò sullo spazio di terreno sul quale cade il mio stillicidio nei modi e nel tempo da me indicati al n. 1 quegli altri atti di possesso che ivi ho detto esercitar io, ed allora parmi che stando a favor suo quel possesso, si debba fino a prova contraria presumere che quello spazio sia suo e non mio.

E siccome quel suo possesso che presumesi a titolo di proprietà non è per nulla inconciliabile col mio possesso di far cadere su quello spazio lo stillicidio perchè ambidue possono insieme sussistere, così parmi che debbasi pur fino a prova contraria presumere che quello stillicidio vi cada a titolo di servitù.

4.° O invece il mio vicino ha esercitato su quello spazio quegli altri atti di possesso nei modi e nel tempo indicati al n. 2, ed allora parmi doversi ritenere essere egli proprietario di esso e farvi io cadere il mio stillicidio a titolo di servitù.

5.° Ma se finalmente, come può più ordinariamente succedere, io sullo spazio sul quale cade il mio stillicidio non esercito quegli altri atti di possesso e nessuno di questi altri atti di possesso esercita il mio vicino, sicchè dal possesso non può presumersi e con esso non può provarsi la proprietà di quello spazio, allora parmi che anche pei Codici Napoleone ed austriaco reggere potesse in generale la opinione in questo caso emessa dal nostro autore.

Farebbe d' uopo cioè osservare se la mia casa dalla quale cade lo stillicidio e lo spazio di terreno sul quale cade, fossero quando esso fu in origine stabilito proprietà di due diverse persone ovvero di una sola.

a. O è provato che a quel tempo quello spazio di terreno apparteneva al proprietario della casa ora del mio vicino, e che la mia casa apparteneva pure a quel tempo ad altro diverso proprietario, ed allora lo stillicidio stabilito in origine dal fondo di uno sul fondo di altro diverso proprietario non potè esservi stabilito se non a titolo di servitù.

Ma stabilito in origine a titolo di servitù può dirsi doversi presumere fino a prova contraria che abbia continuato e continui a sussistere pel medesimo titolo di servitù.

E se si presume che continui a sussistere a titolo di servitù, dee presumersi anche che lo spazio di terreno su cui cade non sia proprietà mia.

E se non è proprietà mia, non essendo nè proprietà pubblica nè di terzi privati, dee necessariamente essere proprietà del mio vicino.

Ma qui potrebbe venir opposto, essere questa opinione contraria al principio da me espresso nell' annotazione *b* del presente Capo.

Ivi ho detto che senza averne acquistato la servitù non posso far cadere il mio stillicidio sul terreno altrui.

Da ciò ne viene che non acquistata quella servitù deggio sul mio terreno farlo cadere.

Dunque se lo faccio cadere su un terreno senza che consti di acquistata servitù, dee fino a prova contraria presumersi che il terreno sul quale cade sia mio.

Dunque il suddetto spazio di terreno si presume proprietà mia e non del mio vicino.

Dunque lo stillicidio della mia casa vi cade non a titolo di servitù ma a titolo di proprietà.

Digitized by Google

quale lo stillicidio cade, e lo spazio di terreno sul quale cade appartenevano a due diversi proprietarii, sicchè dall' uno sull' altro non potea cadere se non a titolo di servitù, par giusto che continuando lo stillicidio a sussistere, debba presumersi continuar a sussistere come fu in origine stabilito, cioè a titolo di servitù.

E presumendosi così che continui a sussistere a titolo di servitù par giusta la conseguenza che lo spazio di terreno sul quale cade debba presumersi essere proprietà del vicino e non mia.

Però trattandosi di atti e di fatti antichi può nascere il caso che non consti in alcun modo dell' acquisizione originaria della servitù.

Allora dovrebbe reggere in tutta la estension sua non la suddetta opinione ma il suaccennato principio.

b. O è invece provato che in origine la mia casa e quello spazio di terreno erano proprietà di una sola persona, e che poscia per legato, per compra vendita, per divisione ecc. la casa pervenne in proprietà di uno e lo spazio di terreno in proprietà di altro proprietario, ed allora converrebbe dire che per effetto di quegli atti lo stillicidio sia stato imposto come servitù a vantaggio della casa dalla quale cadeva ed a carico dello spazio sul quale originariamente cadeva.

Continuando poi dopo il legato, la compra vendita, la divisione ecc. a sussistere lo stillicidio, deve fino a contraria prova presumersi che continui a sussistere per lo stesso titolo per cui dapprima fu imposto, cioè per titolo di servitù, e che per conseguenza debba presumersi che lo spazio di terreno su cui cade non ispetti a me proprietario della casa dalla quale vien fatto cadere, e spetti invece al proprietario vicino.

In questo caso, trattandosi di uno stillicidio ch' è servitù continua ed apparente, potrebbe dirsi, secondo il Codice Napoleone, che vi fosse stata in origine destinazione del padre di famiglia, la quale, come ho detto all' annotazione *a* del Capo XIX, concorrendovi gli estremi degli art. 692-694, si sarebbe tramutata in positiva servitù, al momento in cui la mia casa scaricante e lo spazio di terreno ricevente lo stillicidio fossero passati da un solo in due diversi proprietarii continuando poi a sussistere tra essi come servitù.

E pel Codice austriaco non potendo imaginarsi servitù prediale tra una casa ed uno spazio di terreno in proprietà di una stessa persona, farebbe d'uopo ammettere che al punto in cui quei due immobili pervennero per legato, per compra-vendita, per divisione ecc. in proprietà di due diverse persone, la servitù sia stata fra quei due immobili stabilita e che così stabilita continui a sussistere.

Anche qui in ultima analisi per ambi i Codici consterebbe di acquisizione della servitù, e non osterebbe il principio del quale ho parlato alla lettera *a* del presente n. 5.

Anche qui credo poi di dover ripetere ciò che ho detto nell' annotazione *a* del Capo XIX, non esistere cioè pel Codice austriaco titolo di servitù per destinazione del padre di famiglia.

Oltre all' argomento ivi addotto, altra prova me ne offrirebbero i §§ 480, 842 di quel Codice.

Pel secondo di quei §§ nel caso di divisione di fondi od edifizii comuni il giudice o l' arbitro decidono se a qualche consorte pel godimento della sua porzione sia necessaria una servitù e sotto quali condizioni debba essergli conceduta.

Trovatala necessaria, la concedono.

Concedutala, essa è la servitù che pel primo di quei §§ ha per fondamento legale la sentenza del giudice appunto sulla divisione di un fondo comune.

Mio padre, p. e., era proprietario di una casa e di un terreno ad essa congiunto ed aderente.

Dal tetto della sua casa avea fatto stabilmente cadere su quel suo terreno lo stillicidio.

Vi cadeva a titolo di proprietà.

Morto mio padre sotto l' impero della legge austriaca, per divisione giudiziale, la casa resta a me ed il terreno a mio fratello.

In quella divisione il giudice che l' ha fatta ha dovuto esaminare se alla mia casa fosse necessaria la servitù dello stillicidio a carico di quel terreno.

Trovatala necessaria, dovette pei §§ 480, 842 accordarmela.

Ma se a mio vantaggio avesse esistito come titolo di servitù la destinazione del padre di famiglia, e se in conseguenza di quel titolo, avessi già la servitù dello stillicidio a favore della mia casa ed a carico di quel terreno, sarebbe inutile che il giudice esa-

Digitized by Google

minasse se mi fosse necessaria, sarebbe inutile che trovandola necessaria me la concedesse.

Anzi non dovrebbe farlo, perchè mi si concede quello che non ho e non quello che ho.

E se il giudice trovandola necessaria deve concederla, ciò prova che prima non esisteva.

Anche il Basevi nelle sue annotazioni al § 480 ed il Pagani nel suo Repertorio legale, Brescia, Venturini, 1832, art. *Destinazione del padre di famiglia*, ritengono non annoverare il Codice austriaco quella destinazione fra i titoli delle servitù.

(l) Se l' altrui casa deve alla mia le due separate e diverse servitù di ricevere lo stillicidio e di non ergersi più in alto, mi sembra impossibile che se ho accordato al possessore di essa la facoltà d' innalzarla ad altezza tale da non permettere più quello stillicidio, questo non debba ritenersi rinunciato.

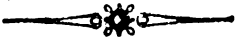
Se poi avessi accordato al possessore di quella casa la facoltà di ergerla più in alto, senza precisare sino a quale altezza possa farlo, allora può dirsi che colla rinuncia del diritto che mi derivava dalla servitù *altius non tollendi* non abbia rinunciato alla separata e diversa servitù dello stillicidio.

Allora può per conseguenza dirsi che l' altrui casa possa bensì essere alzata di più ma sempre in modo da poter ricevere quello stillicidio.

Rinunciata poi la servitù dello stillicidio nessuna ragione esiste per ritenere rinunciata anche quella diversa e separata di non ergere più in alto, perchè questa può sussistere senza di quella.

Eccettuo però il caso in cui la servitù *altius non tollendi* fosse stata accordata unicamente per l' oggetto dello stillicidio.

Allora potrebbe dirsi che rinunciato lo stillicidio debba cessare, perchè cessatone affatto l' oggetto anche la servitù *altius non tollendi* è cessata.



Digitized by Google

CAPUT XXIX.

DE SERVITUTIBUS STILLICIDII NON AVERTENDI.

I. *Stillicidii avertendi servitus quomodo intelligatur.* — II. *Stillicidium si in aliqua parte fractum esset puta ejus canale, per quod aqua ducitur, vel tegulae ruptae essent, quis reficere teneatur, et cujus expensis.*

Postquam de servitute affirmativa stillicidii avertendi diximus consequens est ut de alia servitute negativa stillicidii non avertendi, aliqua breviter videamus.

I. *Et in primis sciendum est, quod ista servitus non avertendi intelligitur, quod ille qui habet stillicidium suum super domum meam, non possit avertere ipsum ad domum suam, ita, quod non cadat in meam, et sic est servitus passiva ex parte stillicidium habentis: si de necessitate divertere ipsum non potest in domum suam, et dicitur esse servitus activa ex parte ejus, in cujus domum cadit. Sed contra hoc opponitur: quia imo videtur, quod ista non sit servitus passiva ex parte habentis stillicidium, nec activa ex parte alterius; imo totum e contra. Nam quod totum stillicidium tuum cadat in domum meam, regulariter est tibi utile, et mihi damnosum: ut dixi in praecedenti servitute. Et ego in cujus domo stillicidium cadit, servitutem pati dicor. Idem non videtur posse dici, quod sit servitus mihi debita, ex quo non interest mea, imo est mihi damnosum* (1). *Sed responde, quod hoc debet intelligi, quando esset mihi uti-*

(1) *Ut dixi in l. quoties in princ. de servitut.*

CAPO XXIX.

DELLE SERVITÙ DI NON DIVERTIRE LO STILLICIDIO.

I. In qual modo s'intenda la servitù di rivolgere lo stillicidio. — II. Nel caso che lo stillicidio sia rotto in qualche parte, per esempio nel suo canale pel quale l'acqua deriva, oppure fossero frante le tegole, chi sia obbligato a ristaurarlo ed a chi spetti la spesa?

Posciachè abbiam trattato della servitù affermativa di stillicidio, è necessario che diciamo brevemente alcuna cosa circa l'altra servitù negativa di non rivolgere lo stillicidio.

I. E primamente è da sapersi che questa servitù di non rivolgere lo stillicidio s'intende in guisa che quegli che ha il suo stillicidio sopra la mia casa non possa dirigerlo sopra la sua così che non cada sulla mia, e per tal modo è una servitù passiva per parte di chi ha lo stillicidio; se poi necessariamente non possa rivolger questo nella sua casa, allora si dice essere servitù attiva per parte di quello nella casa del quale esso cade. Ma contro ciò si oppone: che anzi sembra non esser questa servitù passiva per parte di chi ha lo stillicidio, ned attiva per parte dell'altro: anzi tutt'al contrario. Imperocchè se l'intero tuo stillicidio cade sulla mia casa, ciò di regola riesce a te d'utilità e a me di danno, come dissi nella servitù precedente; ed io, sulla cui casa cade lo stillicidio, sarò detto sopportare la servitù. Del pari non sembra che possa dirsi esser servitù a me dovuta, perchè non mi giova, anzi mi è dannosa. Ma tu rispondi che tale dee riguardarsi, qualora mi tornasse a vantaggio che l'acqua del tuo stillicidio cadesse

Digitized by Google

le, quod aqua stillicidii tui cadat in domo vel curia mea, puta propter cisternam meam, quae repleri debet ex aqua tui tecti, et hoc modo intelligit istam servitutem gloss. (1). *Item posset poni exemplum, si haberem hortum magnum cum domo conjunctum, vel prata sitientia, et interest mea, quod aqua stillicidii vicini cadat in domum meam causa eam ducendi ad hortum vel pratum irrigandum, et idem dicas, et faciat ad hoc quod dixi supra* (2). *Et ex his not. quod ut quis sit obligatus tenere stillicidium suum, ut cadat in domum meam, quia mihi expedit propter aquam cisternae meae, vel propter hortum, vel prata mea irriganda, dicitur esse servitus stillicidii non avertendi, ut etiam supra in princ. declaravi.*

II. *Circa istam servitutem dubitari posset, si stillicidium esset fractum in aliqua parte, puta ejus canale, per quod aqua ducitur, vel regulae ruptae, quis teneatur reficere, et cujus expensis? Dic quod ille, cujus est stillicidium* (3). *Sed numquid stillicidii dominus poterit cogi per eum, in cujus domum casitat, ad ipsum reficiendum? Dicas quod sic, ad eum modum, quo erat tempore servitutis impositae* (4). *Item numquid si totum stillicidium corruit, an possit ille, qui est dominus stillicidii cogi ad reponendum, seu iterum faciendum dictum stillicidium, ad eum modum, quo erat tempore servitutis impositae, ita quod aqua ex eo possit in domum meam casitare, sicut prius expensis suis* (*)? *dicas, quod sic* (5). *Haec de servitute stillicidii non avertendi dixisse sufficiat.*

(1) *In l.* 1. *in ver. et officiendi, in fin. de servitut. urban. praed.* quam Dd. ibi sequuntur.

(2) *De servitute altius tollendi, post princip.*

(3) *Pro ut probatur in l. et si forte, § etiam, si servit. vend. et in l. eum debere columnam, de servit. urban. praed.*

(*) *Expensis suis.* Adde Corneum, *cons.* 237. *quod incip. primum et consil.* 243. *incip. Videtur in* 2. *vol.* et quod justa causa excuset ab expensis. Alex. *in* 2. *vol. cons.* 37. *in ult. cons.*

sopra la mia casa o cortile, per esempio, in riguardo al pozzo che dee riempirsi coll'acqua del tuo tetto; ed in questo modo sì fatta servitù è intesa dalla glossa. Del pari potrebbe servire d' esempio: se io avessi un orto grande congiunto alla casa, od alcuni prati aridi, e mi giovasse che l'acqua dello stillicidio del vicino cadesse sulla mia casa per lo scopo di condurla ad irrigare l' orto od i prati; in questo caso dirai lo stesso; e a ciò conviene quanto dissi più sopra circa la servitù d' innalzare. Da tutto questo proviene il corollario, che se alcuno sia obbligato a tenere il suo stillicidio affinchè cada sulla mia casa, perchè m'è opportuno, o per l' acqua della cisterna, o per l' irrigazione del mio orto o de' miei prati; questa si dice servitù di non divertire lo stillicidio, com' anche in principio ho spiegato (*a*).

II. Intorno a questa servitù potrebbe nascer dubbio, qualora lo stillicidio fosse rotto in alcuna parte, per es. nel suo canale pel quale l' acqua si conduce, o fossero spezzate le tegole, chi sia tenuto a ristaurarlo ed a chi spetti la spesa? Rispondi che quegli v' è obbligato al quale lo stillicidio appartiene. Ma il padrone dello stillicidio potrà forse esser costretto a ristabilirlo da colui nella casa del quale esso cade? Rispondi che sì, in quella guisa in cui si trovava al tempo della servitù imposta. Del pari se tutto lo stillicidio rovina, potrà forse quegli che n' è padrone essere costretto a rimetterlo od a rifarlo a sue spese in quel modo in cui esisteva quando fu imposta la servitù, così che l' acqua possa da quello sgocciolare sulla mia casa, siccome per lo innanzi (*)? Rispondi affermativamente. Basterà aver detto queste cose circa la servitù di non rivolgere lo stillicidio (*b*).

(4) *Per text. in d.* § *etiam*, ibi est casus nota.

(5) *Text. est not. in l. eum debere columnam in fin. de servit. urban. praed.*

(*) *A sue spese.* Aggiungi Corneo *cons.* 237 che principia *primum*, e *cons.* 243, che comincia *Videtur*, 2 *vol.* e che una causa giusta esime dalle spese, vedi Alessandro *vol.* 2, *cons.* 37 *ed ult. cons.*

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO XXIX.

(*a*) Nel presente Capo l' autore parla della servitù di non rivolgere ossia di non deviare lo stillicidio del mio tetto sicchè giunga sulla tua casa od area cui può essere utile, p. e., per riempiere la tua cisterna o per dare acqua al tuo orto, e che ha diritto di farvela giungere.

Sembrami che parli propriamente della servitù dello stillicidio portata dai §§ 476 n. 12 e 490 del Codice austriaco.

Veggasi ciò che su questa servitù ho detto nell' annotazione *a* del Capo XXVIII.

(*b*) Siccome per questa servitù altri ha il diritto di condurre il mio stillicidio sulla sua casa od area cui può essere utile, ed io ho l' obbligo di non deviargliele, così le spese per la conservazione di essa vanno di regola a carico di quegli che ha il suddetto diritto.

Ciò deducesi dal § 490 del Codice austriaco e dagli art. 677, 698 del Codice Napoleone.

Del rimanente mi riferisco a ciò che su questo particolare ho detto nell' annotazione *c* del Capo XXIII.

Digitized by Google

CAPUT XXX.

DE SERVITUTE TIGNI IMMITTENDI.

I. *Tigni appellatione quid veniat.* — II. *Tignum in vicini fundo immittere an licitum sit.* — III. *Tignum si per aliquem in fundo meo: et sic alieno immittatur, an illud propria authoritate tollere, vel incidere possim.* — IV. *Tigna an quis in muro vel pariete communi immittere possit.* — V. *Murum aut parietem proprium si quis justa aedes, vel domum sui vicini habuit, et pactus fuit, quod vicinus posuerit in eo muro aliqua tigna tacite, et nihil dicendo: vel dicendo, Concedo, quod haec tigna in muro meo immittere possis, an ille vicinus poterit me domino invito alia nova tigna immittere.* — VI. *Tigna supponere vel surrogare an aliquis possit.* — VII. *Vicinus an possit immittere tigna in alterius vicini muro, tangendo ipsum murum, vel an possit imponere non tangendo murum alienum, sed protendendo supra locum alienum, vel communem, vel publicum.* — VIII. *Tigna immissa in muro meo proprio vel communi, vel etiam in publico, vel etiam protendentia in meo, vel communi, vel publico, an licitum sit authoritate propria evellere, vel destruere.* — IX. *Aedificatur quicquid est in meo, et per me possesso, solo modo cedit.* — X. *Murus vel sepes si fiat per extraneum in fundo domini, in quo servitutem non habeam, et propter hoc ego illa servitute uti impediar, an possim illum murum rumpere, et deponere, vel sepem propria authoritate destruere.* — XI. *Persona ecclesiastica vel etiam secularis, si pro beneficiorum alicui Ecclesiae collatorum recognitione certum annuum censum, vel hospitium sibi reservarit, et ipso veniente non recipiatur: an domum propria authoritate ingredi liceat, et intrandi causa ostia vel fenestras domus rumpere.* — XII. *Civitatum quae superiorem non recognoscunt, ut est Civitas Venetiarum et Florentiae, si una bona alterius occupaverit, illa per vim recuperare potest.* — XIII. *Aedificet si quispiam, vel dimittat, vel protendat tignum in alienum vel publicum, qua actione conveniri poterit.*

Quinta est servitus tigni immittendi in parietem vicini.

I. *Pro cujus declaratione primo sciendum est, quod appellatione tigni in l.* 12

CAPO XXX.

DELLA SERVITÙ D' IMMETTERE IL TRAVE.

I. Che abbracci il nome di trave. — II. Se sia lecito immettere un trave nel fondo del vicino. — III. Se, qualora da alcuno sia introdotto un trave nel mio fondo e così nell'altrui, io possa di propria autorità torlo via, o reciderlo? — IV. Se alcuno possa immettere travi nel muro o nella parete comune? — V. Quando taluno, avendo il proprio muro o parete lungo gli edificii o casa del vicino, abbia sofferto che questi introducesse travi in esso muro, tacitamente senza dir verbo, oppure dicendo: Ti concedo che tu possa immettere queste travi nel mio muro; potrà quel vicino contro il volere di me padrone introdurre altre nuove travi? — VI. Se alcuno possa sostituire o surrogare le travi? — VII. Se il vicino possa immettere travi nel muro dell'altro vicino, toccando lo stesso muro, oppure se possa imporle non toccando il muro altrui, ma sportandole sopra l'altrui luogo, o comune, o pubblico? — VIII. Se si possa di propria autorità svellere o distruggere le travi introdotte nel mio proprio muro o nel comune od anche nel pubblico, oppure che si protendono nel mio, o nel comune, o nel pubblico fondo. — IX. Ciocchè è fabbricato nel fondo mio e da me posseduto, s'accresce al suolo. — X. Se, qualora un estraneo abbia posto un muro od una fratta nel fondo del proprietario, nel quale io ho una servitù e per quello o quella mi sia impedito d'usarne, io possa di propria autorità rompere ed atterrare quel muro, o distruggere quella fratta? — XI. Se, qualora una persona di Chiesa, oppure anche un laico, in ricognizione dei beneficii, ad una Chiesa conferiti s'abbia riservato un annuo censo, od un ospizio, ed alla sua venuta non sia in esso ricevuto, gli sia permesso lo entrare di propria autorità e rompere per tale scopo le porte e le finestre della casa? — XII. Delle città che non obbediscono ad alcuno, come sono quelle di Venezia e di Firenze, se una avrà occupato i beni dell'altra, questa potrà colla forza rivendicarli. — XIII. Se alcuno fabbrichi, o immetta o sporti un trave nel fondo altrui privato o pubblico, con quale azione potrà essere convenuto.

Quinta specie di servitù si è quella di immettere il trave nel muro del vicino.

I. A schiarimento della quale giova primamente sapere che nella legge delle dodi-

Digitized by Google

tuo. Omne materiae genus significabatur, ex qua aedificia fiunt (1), *et ita omnis materia tigni appellatione continetur* (2), *et tegulas, et lapides, et caementa, et calcem, et arenam, et si qua sunt aedificiis utilia, appellatione tigni contineri constat* (3), *sed et in vineis tigni appellatione omnia vineis necessaria continentur: puta perticae, pedamenta* (4), *et pali etiam veniunt, qui in numero materiae redigendae sunt sicut perticae* (5). *Tigna autem a tegendo dicta sunt* (6).

II. *Secundo videndum est, an sit licitum immittere tignum in fundo vicini. Et regulariter dicatur, quod non, nisi sit imposita servitus* (7), *nam non debet quis regulariter in alieno aliquid facere* (8).

III. *Tertio quaeritur, quid si per aliquem immittitur tignum in fundo meo, et sic alieno, an possum illud propria authoritate* (*) *tollere vel incidere, et intelligo in fundo, id est, tangendo ipsum* (9). *Et videtur, quod non, quia regulariter nemo debet sibi jus dicere propria authoritate, nec facere* (10). *Item quia est in quibusdam casibus speciale, ut liceat propria authoritate vindicare* (11), *ergo in aliis videtur esse contra jus commune* (12). *Sed dicas contrarium*, ut est casus in terminis, et not. gloss. in l. quemadm. § si protectum in fin. ad l. aquil. et ibi hoc notant Dd. (13) et ibi hoc tenet Barthol. (14), *quibus adde omnino quae dicam plenius infra in 6 quaest.*

IV. *Quarto quaeritur, an tigna quis possit immittere in muro seu pariete communi? Et videtur quod non, quia in re communi potior est conditio prohibentis* (15). *In contrarium videtur text.* in l. in re communi ibi, *neque prohibemus* de servitut. urban. praed. et in l. quod dictum eod. titul. *Tu dic, aut loquimur de antiquis tignis, quae primo inerant, et non*

(1) *Ut est text. in l. tigni, de verbor. sign. et l. adeo, § cum in suo ad fin. de acq. rer. dom. et Inst. de rer. divis. § cum in suo solo.*
(2) *Ut est text. in l. tigni, in princ. ad exhibendum.*
(3) *Ut l. 1. § tigni autem, de tign. injunct. facit l. ferri. § fabros, de verb. sign.*
(4) *Ut est text. in d. l. 1. in fin.*
(5) *L. pali de legat. 3.*
(6) *Ut dicit text. in d. § tigni.*
(7) *Ut l. quemadmod. § si protectum, ad leg.*

ci tavole col nome di trave significavasi ogni genere di materiali coi quali si fabbricano gli edificii, e però nel detto nome si comprende ogni materiale, come tegole, pietre, rottami, calce, sabbia, e se vi sono cose giovevoli agli edificii è manifesto essere nello stesso nome contenute. Ma eziandio nelle vigne col nome di trave si abbraccia tutto che alle vigne è necessario, come le pertiche, i legni che sostengon le viti ed anche i pali, che si annoverano fra i materiali da adoperarsi al pari delle pertiche. Le travi (*tigna*) poi così si chiamano da *tegere (coprire)* (*a*).

II. In secondo luogo deesi osservare se sia permesso d' immettere travi nel fondo del vicino. E si dica di regola che no, se non è imposta servitù; conciossiachè nessuno di regola possa fare checchessia nel fondo altrui (*b*).

III. In terzo luogo si dimanda: se alcuno introduce un trave nel mio fondo e per tal guisa nell' altrui, posso io di mia autorità (*) toglierlo o tagliarlo? ed intendo colle parole *nel fondo*, toccando lo stesso. Sembra che no, perchè di regola nessuno può di sua autorità giudicarsi o farsi giustizia. Così pure perchè in alcuni casi è specialmente lecito rivendicare di propria autorità; dunque negli altri ciò sembra contrario al diritto comune. Ma tu dirai l' opposto, essendovi caso determinato e glossa notabile nella legge *quemadm. § si protectum in fin. ff. ad leg. Aquil.*, sulla quale notano lo stesso i Dottori e Bartolo; ai commenti dei quali aggiugni tutto ciò che dirò poscia nella 6.ª questione (*c*).

IV. In quarto luogo si chiede se alcuno possa immettere travi nel muro o nella parete comune. E sembra che no, perchè nella cosa comune è migliore la condizione di chi proibisce. In contrario sembra disporre il testo della legge *in re comm., neque prohibemus* ff. *De serv. urb. praed.* e della legge *quod dictum eod. tit.* Tu di': O parliamo delle antiche travi che stavano da

(8) *Uti l. quosdam C. de metal. et me, l. 11. et not. gloss. in d. § si protectum.*
(9) *L. 1. § in flumine, de flum. l. is qui, § 1. juncta l. 2. de leg.* ubi probatur, quod dictio. In requirat actum.
(10) *L. 1. C. ne quis in sua caus. et l. extat. quod met. cau.*
(11) *Leg. 1. et 2. C. quando lib. uni sine jud. se vin.*
(12) *L. jus singulare, et l. quod vero de leg.*
(13) *Et in l. si vitem § qui ad januam.*
(14) *Quo ut aut clam. et idem Barthol. in l. 1.*

Digitized by Google

est dubium, quod poni possunt, secundum Ang. (1), *quia nihil innovatur, nec fit contra jus societatis, et idem quando alia tigna ejusdem communis in locum aliorum tignorum supponerentur: quia surrogatum sapit naturam ejus, in cujus locum surrogatur* (2), *et haec etiam probantur* (3). *Circa quod adde quae dicam in sequent. quaestion. in simili. Aut loquimur de novis tignis immittendis: et intelligo etiam in aliis partibus muri, quam in illis, in quibus erant tigna antiqua, et tunc aut paries communis est communiter quaesitus, ut sustineat onera utriusque et potest immittere unus socius altero invito, ut est text.* (4) *et not. gloss. magna* (5), *item fallit, quando ob hoc ipsum* (6), *quae vult, quod socius potest uti re communi ad usum destinatum, etiam invito altero socio: quando ob hoc ipsum, ut tale opus fiat, est in communi quaesita. Item si ita quaesitus non sit, dummodo sit destinatus paries ad sustentandum onera utriusque, et per missionem talium tignorum non noceat parieti, neque vicino, eo quod aptus est ad onera supportanda: alias secus* (7). *Et quod dixi, quando paries est aptus ad onera supportanda, ut possit unus socius tigna immittere: intelligo non jure servitutis, sed jure communionis: habetur in dictis juribus* (8). *Aut communis paries non est aptus dictis oneribus ferendis, nec ad ea ferenda quaesitus: sed forte declaratione sociorum; quia unusquisque ex parte sua habet clausum pro seculari capella: ut quotidie videmus in capellis magnorum virorum: et tunc non est licitum nova tigna mittere, per quae picturae destrui possent, aut delectatio socii dominii* (9), *non tamen haec intelligas in eo qui ex pariete suo parietem fregisset, ut vellet in ea parte mittere tigna, quia negari non potest, ex quo paries ad onera ferenda deputatus est* (10).

principio, e non v'ha dubbio che si possano mettere, giusta il parere di Angelo, perchè niente s' innova, o si fa contro il diritto di comunione. Lo stesso pure, quando altre travi si pongono nella cosa comune in luogo di quelle ch' erano prima; perchè la cosa surrogata sa della natura di quella in cui luogo si mette; e queste cose sono dalle leggi provate. Intorno a ciò poi aggiungi quanto dirò in simil caso nella seguente questione. O parliamo di nuove travi da introdursi, ed intendi anche in altre parti del muro, oltre a quelle nelle quali stavano le travi antiche; ed allora, o la parete comune è da ambedue i consocii destinata a sostenere i pesi di entrambi, ed un comproprietario può immettere a malgrado dell'altro, giusta i testi e la *Glossa magna*, la quale vuole che il socio possa usare della cosa comune secondo l' uso destinato anche contro voglia dell' altro socio, qualora sia comunemente destinata allo scopo di servire ad un tale uso. Così pure se la parete non sia a ciò destinata, purchè lo sia a sostenere i pesi di entrambi ed il permesso di tali travi non nuocca al muro od al vicino, essendo quello idoneo a sopportare i pesi; e diversamente, se altrimenti. Quando dico che il muro sia atto a sopportare i pesi, così che uno de' socii possa introdurvi le travi, intendo poter egli ciò fare non già per diritto di servitù, ma per gius di comunione, come si ricava dalle predette leggi. Od il muro comune non è idoneo a sostenere tali pesi, nè a tale scopo destinato; ma forse al dilettamento de' socii, perchè ciascuno dalla sua parte ha una chiusura per una cappella secolare, come tuttogiorno si vede nelle cappelle de' grandi personaggi; ed allora non è permesso porre nuove travi per le quali le pitture possano venir distrutte, o tolta la dilettanza dei comproprietarii. Non intendi però questo divieto toccar colui che dal suo canto ledesse la parete, volendo nella propria parte immetter le travi, imperciocchè questo non gli può esser niegato, essendo il muro destinato a sostenere i pesi (*d*).

(1) *In leg. ters. similiter quidam Iberus, in fin. 3. colum. restat. videre, de servitut. urban. praedior.*
(2) *L. eum § qui injuriarum, ff. quis caus.*
(3) *In l. servitutes quae in superficie in ... de servitut. urban. praedior. et in l. in pariete cum servitut. de dam. infect. et not. per Dyn. in regul. in re communi in 6. et per Ang. in dict. l. quidam Iberus.*
(8) *Ita est in l. parietem de servit. urban. praed.*

V. *Quinto, quis habet murum seu parietem proprium juxta aedes seu domum sui vicini: et passus est, quod vicinus posuerit in eo muro aliqua tigna tacite, nihil dicendo, vel dicendo, concedo tibi* (**) *quod haec tigna mittere possis in muro meo, an ille vicinus poterit domino invito immittere alia nova tigna? dic quod non, est casus nota* (1); *et idem dico, si passus sum facere fenestram eo modo quo est: qui aliam vel alias invito me domino facere non potest, eadem ratione imo non etiam poterit detrahendo tigna primo concessa alia supponere: quia sufficit, si cui vel in paucis etc.* (2), *et idem de fenestra: quod est valde not. secus si dominus dixisset: Concedo tibi servitutem tigni immittendi, vel fenestram faciendi, non addendo numerum: quia tunc posset quaecumque tigna, et fenestras quot voluerit facere, ut dicit gloss. not.* in l. si cum meus in princ. in verb. nova. praeallegato. *Sed Dom. Paul. de Castr. ibi videtur tenere contrarium, videlicet quod ibi non vult augere numerum, sed vult in loco veterum tignorum alia substituere, quod potest, quia alia reputantur* (3). *Ego autem nil ista puto: plenius sic esse distinguendum. Aut ego permisi promittendo vel concedendo: aut non promisi vel concessi, ut tu possis mittere tignum in muro meo. Primo casu principali, aut promissio est facta de certo et speciali tigno: aut generaliter de omnibus tignis, aut specialiter. Primo casu, quando promissio est facta de certo et speciali tigno: et tunc iterum distingue. Aut promisi seu concessi, quod tu non possis mittere nisi unum tignum tale, et quod non possis imponere aliud, vel ejus loco supponere vel subrogare: tunc non habet dubium, quod servitus est limitata ad illud tantum tignum: et sic nec in alio loco, nec etiam in illo eodem poni poterit, quia limitata dispositio limitatum parit sive producit effectum* (4). *Aut promisi seu concessi, quod tu possis imponere tale tignum tantum in muro meo sine prohibitione alterius, expressa causa, et tunc iterum subdistingue. Aut est*

V. In quinto luogo: Taluno avendo il proprio muro o parete costeggiante gli edificii o la casa del vicino, soffrì che questi appoggiasse alcune travi a quel muro, tacitamente senza dir verbo, oppure dicendogli: ti concedo (**) che possa introdurre queste travi nel mio muro. Potrà quel vicino contro il volere del proprietario immettere altre travi? Rispondi che no; ed è caso notabile. Del pari io dico che, come se ho sofferto che alcuno faccia una finestra in quel modo nel quale esiste, esso non può farne un' altra od altre contro il volere di me padrone, per la stessa ragione. eziandio non potrà cavando le travi concesse dapprima, altre sostituirne, perchè basta ecc. Così pure circa la finestra; il qual caso è molto notabile. Altrimenti avverrebbe se il padrone avesse detto: Ti concedo la servitù di immetter travi e di aprire finestre, senza aggiungere la quantità delle une e delle altre; perchè allora il concessionario potrebbe porre quante travi volesse ed aprir quante finestre gli sembrasse opportuno, come vuole la glossa notabile sulla legge *si cum meus in princ. ff. si serv. vind.* Ma messer Paolo di Castro sulla stessa legge sembra opinare diversamente, cioè, che ivi non si tratti d' aumentare il numero delle travi, ma di porne di nuove in luogo delle antiche, locchè si può fare perchè si reputano differenti. Io poi niun conto di ciò facendo, stimo doversi distinguere più perfettamente in questo modo. Od io ho permesso col promettere o col concedere; oppure non ho permesso o conceduto che tu possa por travi nel mio muro. Nel primo caso principale, o la promessa riguarda una certa e special trave, o generalmente tutte le travi, o specialmente. Nel primo caso, quando la promessa riguarda una certa e special trave, distingui nuovamente. Od ho promesso, ovvero conceduto, che tu non possa mettere se non una data trave e non possa introdurne altre, o sostituirne altre in suo luogo, ed allora non v'ha dubbio che la servitù è ristretta a quella trave soltanto, e però nè in quel sito medesimo, nè in altro potrai por nuove travi, perchè una disposizione limitata partorisce o

Digitized by Google

gnum imponi possit, aut non est. Si est expressa causa, exemplum: Promitto, vel concedo tibi, quod possis imponere tale tignum in domo mea, causa domus (***) *tuae substentandae et tecti: et tunc teneo, quod videatur imposita servitus illius tigni tantum in eodem loco* (1), *non quod possit aliud supponere seu obligare in eodem loco, donec durat domus vel tectum, et non ultra, nec ob aliam causam: quia finita caussa concessionis vel privilegii, finitur ipsa concessio vel privilegium* (2), *et ideo si tibi concessi imponere tignum vel tigna in domo mea vel muro causa aedificandi domum tuam, puta pro armatura, quae machina dicitur: et tunc aedificata domo tua, non poteris unquam amplius dicta tigna vel alia imponere. Et idem, si concessi, quod possis imponere tignum in muro causa sustinendi vites tuas: nam vite consummata, servitus extinguitur, et idem dicas in sim. scilicet, si propter tectum sustinendum, licet tectum corruat, tamen poterit tectum reficere: quia debetur in eodem loco tantum eadem servitus tigni, quia reputatur esse idem tectum* (3), *de quo dic, ut plene dixi* de servitut. stillicidii avertendi in 6. quaest., *et idem dicendum est in domo: quia destructo tecto et pariete poterit iterum reficere, et debetur eadem servitus, quia reputabitur eadem domus, ex qua remansit primum solum, quod est maxima pars domus* (4). *Sed si causa, propter quam conceditur tigni immissio, non est expressa: sed ego concedens sciebam, ex qua caussa velles tignum immittere: et tunc dicendum est idem, ut in casu praecedenti, videlicet quod causa tacita est consideranda, si durat, vel non: quia tacitum et expressum in hoc aequiparantur* (5). *Si autem non apparet, quod ego sciverim, ob quam causam volebas tigna immittere: tunc si postquam aedificasti, et tignum imposuisti: puta causa domus tuae sustinendae, et tacui, nec contradixi: et tunc concessisse videor, quod*

z' altra proibizione, esprimendo la causa, ed allora nuovamente suddistingui. Od è espressa la causa per la quale questa trave può essere introdotta, o non è. Se è espressa, come in quest' esempio: ti prometto o concedo che possa immettere quella data trave nella mia casa, affinchè sostenga la tua casa (***) ed il tetto; ed allora io ritengo che debba riguardarsi imposta la servitù di quella trave soltanto nel medesimo luogo (non già che in questo si possa sostituirne o riporre un' altra) e finchè dura la casa od il tetto, e non più oltre, nè per causa diversa; perchè cessata la causa della concessione o del privilegio, cessa la stessa concessione o privilegio. E però s' io ti concessi l' immissione di una trave o più travi nella casa o nel muro mio in causa della fabbrica della tua casa, per es., per l' armadura che macchina s' appella; in tal caso, fabbricata la tua casa, non potrai più lungamente tenere immesse le dette travi od altre. Così pure, se t' ho conceduto che possa introdurre una trave nel muro affinchè sostenga le tue viti; imperocchè, estinta la vite, finisce la servitù; e lo stesso dirai ne' casi consimili, come per lo scopo di sostenere il tetto; che sebbene questo crolli, nondimeno potrai ricostruirlo, perchè nello stesso luogo soltanto è dovuta la stessa servitù della trave, dacchè si stima essere il medesimo tetto; circa il qual punto, di' come pienamente esposi nella servitù di rivolgere lo stillicidio, quest. 6.ª E lo stesso è da dirsi della casa, perchè distrutto il tetto e la parete, si potranno nuovamente rifare e sarà dovuta la stessa servitù, poichè si reputerà essere la casa stessa, della quale rimase il primo suolo, ch' è massima parte di essa. Ma se la causa per la quale si concede l' introduzione della trave non è espressa, benchè io sapessi per qual motivo tu volevi immetterla; in tal caso dee dirsi lo stesso, come nel caso precedente, cioè che si deve considerare se la tacita cagione sussista o no; perchè in ciò il tacito e l' espresso si equiparano. Se poi non apparisse ch' io

causam tignum imponere volebas in muro meo, et postquam scivi, contradixi, puta, quia ego permisi tibi, ut tigna imponeres, in muro meo et credens quod tu velles imponere pro armatura causa aedificandi domum tuam, et non ut stent perpetuo: et tunc quid in dubio? Dico quod inspiciendum est, quod verisimilius est, aut quod in hujusmodi casibus plerumque fieri solet (1). *Et ideo si illa concessio esset facta dato aliquo pretio, ex illa quantitate poterit judicari an intellexerit quod tignum perpetuo remaneat, vel ad tempus* (2), *sed ubi non apparet, quod sit verisimilius, vel quod plerumque fieri debet contra proferentem, hoc est contra eum, pro quo, et ad cujus utilitatem proferuntur* (3). *Secundo casu, quando est facta permissio generaliter de omnibus tignis, et non habet dubium, quia verba generalia generaliter intelligi debent de omnibus et perpetuo* (4). *Tertio casu, quando concessio facta est simpliciter, aut est facta de tignis mittendis sine numero: et tunc teneas indistincte, quod poterit quaecumque tigna imponere et sustinere* (5). *Aut est facta de numero, vel de uno simpliciter exemplum. Concedo quod tu possis imponere unum vel duo tigna: et tunc numerum augere non potest* (6), *sed si non vult augere numerum, sed supponere aut surrogare aliud vel alia ejusdem conditionis, et glos. ibi tenet, quod non, per id quod dicitur, sufficit quod in paucis etc. per* l. tutori C. de nego. gest. *Paul. de Castr.* (7) *dixit contrarium, quia surrogatum etc. ut supra dixi. Ego puto, quod in hoc sit dicendum per omnia, sicut supra dictum est in primo casu, videlicet ut consideretur causa expressa sive tacita, aut quod est verisimile, aut quod plerumque fieri solet, ut in dubio sit judicandum pro illo qui servitutem promisit. Secundo casu principali, quando nullam promissionem*

tu l' imponga per quella causa. Ma se ignorai per qual cagione tu volevi immetter travi nel mio muro, e posciachè l' ho saputa, m'opposi, per es. perch' io t' ho permesso di introdurle, credendo che tu le immettessi per ergere l'armadura onde fabbricar la tua casa, e non perchè stessero perpetuamente; allora, nel dubbio che si dirà? Io dico che deve guardarsi ciò che è più verosimile, oppur ciò che in consimili casi per lo più si suol fare. E però se quella concessione fosse fatta mediante lo esborso di alcun prezzo, dalla quantità di questo si potrà giudicare se abbia inteso che la trave rimanga perpetuamente o temporariamente. Ma qualora non apparisca ciò che più sia verisimile, oppur quello che per lo più far si deve contro chi parla, ciò sta contro di quello a cui favore ed utilità le parole son pronunciate. Nel secondo caso, quando la concessione è fatta in modo generico per tutte le travi, non vi ha dubbio, essendochè le parole generali si debbano intendere in guisa generica, cioè per tutte le travi e perpetuamente. Nel terzo caso, quando la concessione è fatta semplicemente, distingui: Od è fatta per immetter travi senza numero, ed allora ritieni indistintamente che si potranno imporre e sostenere quante travi si vorranno. Od è fatta con riguardo al numero, oppure semplicemente per una sola trave, come in questo esempio: ti concedo che possa immettere una o due travi; ed allora il numero non si può accrescere. Ma nel caso che il concessionario non voglia accrescere il numero, ma sostituire o surrogare un'altra od altre travi della stessa condizione, la glossa ritiene che non possa farlo per ciò ch' è detto nella legge *tutori Cod. De neg. gest.* Paolo di Castro sentenziò differentemente, perchè il surrogato ecc. come ho detto innanzi. Io stimo che in ciò si debba dire all' intutto come fu detto sopra nel primo caso, cioè, che si consideri la causa espressa o tacita, o ciò ch' è verisimile, oppur ciò che per l' ordinario si suol fare, onde nel dubbio s' abbia a giudicare in favore di quello che promise la servitù. Nel secondo caso principale, allorquando io non

Digitized by Google

seu concessionem feci, sed vicinus meus imposuit tunc unum vel duo tigna in muro meo, et ego tacui: et tunc dicas, quod alia imponere non potest in alio loco ejusdem muri, vel alterius tigni (1).

VI. *Sed numquid aliud tignum supponere vel surrogare possit: et tunc idem dicas, quod proxime dixi, in tertio casu praecedenti, in fin. et ideo ex praedictis tu, qui vis complacere vicino tuo, quia forte frater vel amicus est, ut aliqua tigna imponere possit in muro tuo proprio, sis cautus ut fieri facias instrumentum, et in eo dicas, Concedo quod possis talia tantum tigna imponere in muro meo, et non alia: vel quod unam fenestram tantum, vel duas et non alias, vel aliter ut volueris, secundum ea quae supra dicta sunt. Nam si instrumentum non fieret, et aliqua tigna apparerent, verterentur dubitationes, de quibus supra dubitaretur, etiamsi propter illa tigna murus esset communis: de quo vide quod dicam infra de pariete sive muro, ubi hoc examinabo: videlicet an tigna immissa faciant praesumi murum communem: an vero immissa sint tantum jure servitutis* (2).

VII. *Sexto quaero, quia dictum est: an vicinus possit immittere tigna in muro alterius vicini, et sic tangendo ipsum murum: vel an possit imponere non tangendo murum alienum, sed vel publicum supra locum alienum, vel communem, protendendo. Et breviter de illo dicas, quod non, ut est casus,* in l. quemadmodum § si protectum ad leg. aquil. (3), *et ibi hoc not. Barthol. ubi dicit, quod non licet facere profilium vel ponticellum super plateolam communem inter plures consortes. De publico loco, idem, quia multo minus licet* (4), *de quibus omnibus dicas, ut plene examinabo* infra, de servitute protegendi et infra de ponticello et ponte.

VIII. *Septimo quaeritur, an sit licitum propria authoritate evellere, vel destruere tigna immissa in muro meo proprio, vel communi, vel in publico, vel etiam protendentia in meo, vel communi, vel publi-*

feci alcuna promessa o concessione, ma il mio vicino immise una o due travi nel mio muro, ed io mi tacqui; dirai che altri non può introdurne in luogo diverso dello stesso muro o di un'altra trave.

VI. Ma forse potrà egli sostituire o surrogare un'altra trave? ed allora tu dirai lo stesso, come poc'anzi nel fine del 3.° caso principale. E però in forza delle predette cose, qualora tu voglia compiacere al tuo vicino, perchè forse è tuo fratello od amico, onde possa intromettere alcune travi nel tuo proprio muro, osserva la cautela di far rogare un istrumento, ed in esso dirai: Concedo che tu possa immettere nel mio muro le tali travi soltanto e non altre, oppur aprire una finestra sola o due, e non altre; od altrimenti, come vorrai, giusta quanto più sopra fu detto. Imperocchè se non si facesse istrumento ed apparissero alcune travi, sorgerebbero i dubbii dei quali prima fu parlato, sebbene in forza di quelle travi il muro fosse comune; intorno alla qual cosa vedi quanto dirò poscia circa la parete o muro, dove esaminerò questo punto: cioè, se le travi immesse facciano presumere la comunanza del muro, oppure se sieno introdotte solamente per diritto di servitù (e).

VII. In sesto luogo dimando, perchè fu detto: se il vicino possa immetter travi nel muro dell'altro vicino ed in tal modo toccare lo stesso muro; oppure se possa imporne senza toccare il muro d'altri, ma protendendosi sopra il luogo altrui, o pubblico, o comune. Circa questo dirai brevemente che no, trovandosi tal caso nella legge *Quemadmodum § proctectum. Ad leg. Aquil.*, e ciò è notato da Bartolo là ove dice che non è permesso far profilo o poggiuolo sopra una piazzetta comune fra più consorti. Circa al luogo pubblico dirai lo stesso, perchè molto meno è permesso di farlo; intorno le quali tutte cose risponderai come esporrò in seguito, quando prenderò a disamina la servitù di sportare e poscia quella del poggiuolo e del cavalcavia (f).

VIII. In settimo luogo si chiede se lecito sia cavare o distruggere di propria autorità le travi immesse nel mio proprio muro, o nel comune, o nel pubblico, o solamente sportanti nel mio fondo, o nel comune, o nel pubblico. E circa questa quistione

(1) *Text. est in d. l. si cum meus, si servitut. vendit.*
(2) *Ubi omnino vide.*
(3) *Et leg. 1. de servitut. urban. praedior. in verb. protegendi, et ibi Ang. de communi idem, l. si duo, § Labeo, uti poss.*
(4) *Et est text. infr. d. l. fin. in princ. ibi protegendi, de servitut. titul. generali.*

Digitized by Google

co. Et de ista quaest. vide text. et ibi Dd. in l. quemadmodum § si protectum ad leg. aquil. *et per text. et Barthol.* (1) *et per Flor.* (2) *et Ludo. Pon.* (3), *ut per Innocent. et per Canonistas* (4), *et vide quae dixi circa 3 quaestion. Distingue plenius et clarius ultra alios Doct. et primo duos casus principales. Aut loquimur de tignis immissis, ita quod rem alienam tangant: aut de protendentibus super alieno, ita quod non tangant alienum. Primo casu principaliter distingue, aut mittuntur in loco alieno in totum, puta in meo proprio, aut in communi, aut in re servitutem debente, vel aliquod jus, aut in publico. Primo casu quando mittitur vel aedificatur in alieno, quod est alterius proprium: et tunc aut ille qui est dominus, non possidet illud, in quo tigna missa sunt, et non potest propria authoritate destruere, ut not. Bart.* (5) *et Flor.* (6). *Aut dominus possidet: et tunc aut possidet insolidum, aut pro parte. Si possidet insolidum, posset propria authoritate incidere, vel destruere, et resistere contra impedimentum, nec requiritur praetoris seu judicis aditio aliquo modo, ut est casus: quia ita debet intelligi* in d. § si protectum et in l. sed si inter me in princ. *secundum unam lect. gloss. singularis* de servitut. urban. praedior. (7). « *Et hoc operatur commodum possessionis, quia attribuunt facultatem domino possidenti posse resistere propria authoritate: quod non esset, si non possideret* (8), *et ideo si aliquis fabricaret murum, vel erigeret sepem, vel aliquid faceret in fundo meo proprio, ipsum tangendo possem propria authoritate destruere, ac etiam penitus evellere.* »

IX. « *Et ratio est: quia illud quod est aedificatum in meo per me possesso, solo meo cedit* (9), *et sic videor destruere id quod meum est, et non alterius: et est ratio fundamentalis.., quam ponit Flor.* (10), *nec per hoc possem accusari de violentia* (****): *vel perturbatione,*

consulta il testo ed i Dottori nella legge *quemadmodum § si protectum ff. Ad leg. Aquil.* e Bartolo e Floriano e Lodovico Pontano, ed Innocenzo ed i Canonisti, e vedi quanto dissi nella 3.ª quistione. Tu però distingui più chiaramente e perfettamente che non abbiano fatto i Dottori, ed in primo luogo due casi principali. O si parla di travi immesse così che tocchino la cosa altrui, o di travi sportate sopra il fondo altrui così che questo non tocchino. Nel primo caso principalmente distingui: o sono poste interamente nel luogo altrui, verbigrazia nel mio proprio, o nel comune, o nella cosa obbligata a servitù o ad altro diritto, o nel pubblico. Nel primo caso, quando s'immette o si fabbrica nell' altrui fondo, cioè nella proprietà d' un altro, allora, o quegli che n' è padrone non lo possede, e non può distruggere le travi di propria autorità, come notano Bartolo e Floriano; o lo possede, ed in tal caso, o possede solidariamente, o divisamente. Se possiede in solido, potrà di propria autorità tagliare o distruggere, e ripulsare qualunque ostacolo, nè abbisognerà in alcun modo l'intervenzione del pretore o del giudice, com' è il caso nel detto § *si protectum* e nella legge *sed inter in princ.*, perchè questi testi così devono intendersi giusta una lezione della glossa singolare *De serv. urb. praed.* « E ne proviene » questa comodità del possesso, perchè attri- » buiscono al padrone che possiede la facoltà » di poter resistere di propria autorità; loc- » chè non avverrebbe se non possedesse; e » però se alcuno fabbricasse un muro o pian- » tasse una siepe od altro nel mio proprio » fondo toccando lo stesso, io potrei di pro- » pria autorità distruggerlo od anche total- » mente cavarlo. »

IX. « E la ragione si è questa: per- » chè quel muro od altro è fabbricato nel » mio da me posseduto e cede al mio fondo, » e sembro distruggere ciò ch' è mio e non » di altri; ed è ragione fondamentale po- » sta da Floriano, nè per ciò poss'io venire » accusato di violenza (****) o di turbazio-

(1) *In l. si vitem. § qui ad januam quod si aut*

(7) *Et in l. si duo. § item videamus. et §*

Digitized by Google

» *quod notandum est: quia quotidie de* » *facto contingit.* » *Et praedicta intellige, quando non solum dominus insolidum possidet, aedificans non tenet neque possidet: sed etiam quando aedificans erat detentor et dominus possidet: quia idem erit, videlicet, quod dominus poterit propria authoritate destruere* (1). *Idem etiamsi aedificans possideret naturaliter, et dominus civiliter: quia dominus poterit authoritate propria similiter destruere, si indebite aedificatum est* (2). *Idem si sum dominus, et possideo naturaliter tantum, et alius qui aedificat, tantum civiliter possideat* (3). *Item praedicta intellige vera, etiamsi aedificans in re communi immitteret in alium locum proprium socii, quia socius cujus est locus, in quo aedificatum vel immissum est, propria authoritate destruere posset* (4). *Item praedicta intellige non solum in domino directo, sed etiam in domino utili, sicut est emphyteuta vel feudatarius, aut superficiarius: quoniam potest destruere propria authoritate propter jus suum utilis dominii* (5), *et praedicta omnia, dum dixi, quod quis possit destruere, vel evellere immissum in locum suum proprium, limita ut locum habeant in rebus profanis: secus in religiosis et ideo non habet locum in sepulchro: puta si quis sepeliret corpus in sepulchro meo favore religionis* (6). *Item praedicta omnia limitantur, ut locum habeant in immissis manu seu opere artificiali: secus si non essent immissa opere artificiali, sed naturae, sicut sunt radices, ex natura crescentes, quae immittuntur in tuo, quia non licet propria authoritate incidere* (7), *de quo tamen dic ut plenius dicam* de arboribus. *Si vero dominus in solidum non possidet, et tunc concludas, ut dicam in casu proxime seq. Secundo casu, quando immittuntur tigna, vel aedificatur in communi, et communi-*

» ne; lo che è degno di nota, perchè in » fatto accade ogni giorno. » Le predette norme intendi valere non solamente quando il proprietario possiede in solido e chi fabbrica non detiene nè possede; ma ancora quando il fabbricante sia detentore ed il proprietario posseda; perchè varrà la stessa regola, cioè che il proprietario potrà distruggere di propria autorità. E varrà pure, sebbene il fabbricante possedesse naturalmente ed il padrone civilmente, perchè il padrone potrà pure di propria autorità distruggere ciò che fu edificato se lo fu indebitamente. Così pure se io sono proprietario e possedo naturalmente soltanto, ed un altro che fabbrica soltanto civilmente possede. Del pari le predette norme intendi esser vere, anche nel caso che quegli che fabbrica nella cosa comune immettesse in altro luogo proprio del socio, perchè il socio cui appartiene il luogo nel quale fu edificato od immesso, potrebbe distruggere di propria autorità. Del pari, esse valgono non solo pel diretto padrone, ma eziandio per l' utile, com' è l' enfiteuta, o il feudatario, o il superficiario; essendo che questi può distruggere di propria autorità in forza del suo diritto d' utile dominio. Le predette norme, cioè che ciascuno possa distruggere o cavare ciò ch' è immesso nella sua proprietà, tu dei limitare in guisa che valgano per le cose profane, non già per le religiose; e però non han luogo rispetto al sepolcro, per es.: nel caso che alcuno seppellisse un morto nel mio sepolcro sotto pretesto di religione. Del pari le predette norme si restringono in guisa che valgano per le cose introdotte colla mano od artificialmente, non però per quelle immesse senza artificio e naturalmente, come sono le radici crescenti per lor natura che sono immesse nel tuo fondo, perchè non si possono tagliare di propria autorità. Intorno a ciò nondimeno di' come esporrò più pienamente nel capo *Degli alberi*. Se poi il proprietario non possede solidariamente, allora conchiudi nel modo stesso come nel caso che ora segue. Nel secondo caso, quando s' immettono travi o si fabbrica nel fondo comu-

Digitized by Google

ter per aliquos possesso, et tunc aut extraneus est ille qui immittit vel aedificat, et tunc uni ex dominis licitum est propria authoritate destruere (1). *Aut est unus ex sociis, qui habent rem communem, qui ex propriis suis aedibus immittit tigna, vel aedificat in communes aedes, suas et meas: et tunc licitum est mihi propria authoritate destruere: quia mihi soli actio competit contra socium* (2); *et ibi ita videtur tenere Barthol. et etiam Flor., quod ego etiam puto verum per text. dum dicit idem fiat, et sic vult quod sit idem quod in casu praecedenti: licet Bart. aliter dixerit* in d. § nunciatio, *ubi vult, quod si ego et aedificans communiter possidemus, non possum authoritate mea destruere: per illum text.* in d. l. sed si inter me et te, *quia text. ibi dicit tunc mihi tecum est actio* (3). *Sed ego non intelligo sic illum text. videlicet quod solum sit mihi actio: et sic non possum propria authoritate destruere: sed intelligo, quod ille text. velit dicere continuando ad praecedentia, videlicet quando socius immittit ex aedibus communibus inter me et ipsum in aedes meas proprias, possum propria authoritate destruere* (4), *postea subditur idem, quando ex aedibus suis propriis aedificat in communes nostras: quia possum ita destruere mea authoritate propria: sicut in casu praecedenti, et hoc significant illa verba, idem fiat, et post eam subdit rationem hujus,* quia mihi soli tecum est actio: *quasi dicat, mea solum interest, et non alterius socii, et ideo mihi soli actio competit, si vellem eam intentare, sicut si aedificaret ex aedibus communibus in meas proprias: sed si volo, possum eam destruere, sicut in casu praecedenti: et ita intellige illum text. Tertio casu, quando aedificatur in fundo seu in re mihi debente servitutem, aut aliquod jus: an possim propria authoritate destruere? Et tunc distingue: aut tertius aedificat seu tigna immittit, et eorum destruere procuratoria* (****) *na-*

ne e comunemente posseduto da taluni, ed allora: o quegli che immette od edifica è un estraneo, ed in tal caso è lecito ad uno de' comproprietarii distruggere di propria autorità; od è uno de' socii che possedono la cosa comune, il quale immette le travi dalle sue proprie case, o fabbrica nelle case comuni, sue e mie, ed allora mi è lecito distruggere per propria autorità, perchè a me solo compete l'azione contro il socio. Così sembra ritener Bartolo ed anche Floriano, ed ancor io la stimo vera opinione in virtù del testo che dice: *si faccia lo stesso*, e così vuole che avvenga lo stesso come nel precedente caso; sebbene Bartolo altrimenti abbia opinato nel detto § *nunciatio*, nel quale dice che se io ed il fabbricante possediamo in comune, io non posso distruggere di mia autorità, in forza di quel testo nella legge *sed si inter me et te*, il quale reca: *tunc mihi tecum est actio*. Ma io non intendo in questo modo quel testo, cioè che l'azione spetti a me soltanto, e così non possa distruggere di propria autorità; invece io intendo che quel testo voglia dire, continuando le cose precedenti, che quando il socio dalle cose comuni fra me e lui immette nelle case mie proprie, io posso distruggere di mia autorità, e soggiungendo poscia: *È lo stesso quando dalle case sue proprie fabbrica nelle nostre comuni*, voglia pur dire ch'io posso distruggere di mia propria autorità, come nell'antecedente caso. Questo è il significato delle parole: *lo stesso si faccia*, e dopo di esse segue il motivo: *quia mihi soli tecum est actio*, quasi dicesse: Giova a me solo e non all'altro socio; e però a me solo compete l'azione qualora io voglia intentarla, come se si fabbricasse dalle case comuni nelle mie proprie; ma se io voglio, posso distruggere ciò che fu fabbricato come nel precedente caso; e così intendi quel testo. Il terzo caso è questo: quando si fabbrica nel fondo o nella cosa che mi deve servitù od altro diritto, posso io distruggere di

Digitized by Google

X. *Aut volo destruere nomine proprio pro servitute, aut aliquo jure mihi competente, exemplum: Si fiat murus vel sepes per extraneum in fundum domini, in quo ego non habeo servitutem: et propter hoc ego impediar illa uti servitute; an possim illum murum rumpere et deponere; vel sepem propria authoritate destruere? et Innocent. format istam quaestio* (1). *Et primo dicit, quod non: quia hoc solum licet domino fundi, et non usufructuario, quia non est dominus* (2), *postea in fin. dicit, quod alii dicunt contra, sed primam partem videtur sequi Flor.* (3), *quam puto veram: ex quo non sunt domini, vel quasi, sed bene possent, nedum dominus, sed etiam usufructuarius, et quilibet habens jus in re, impedientes uti jure suo expellere: ac etiam agere possent, ut murus, vel tigna, vel sim. immissa tollantur* (4), *et ea quae supra dicta sunt in usufructuario, etiam habent locum in beneficialibus, et juribus ecclesiasticis; pone exemplum.*

XI. *Si persona ecclesiastica, vel etiam secularis, pro recognitione beneficiorum collatorum alicui ecclesiae, reservarit sibi certum annuum censum, vel hospitium, quod de jure debetur* (5), *et ipso veniente non recipitur, non licet domum ingredi propria authoritate, et rumpere ostia vel fenestras domus causa intrandi: ratio est, quia facere diceretur vim, et jus sibi dicere non licet regulariter. Sed si vult ingredi, et invenit aliquem sibi opponentem, tunc potest per violentiam illum expellere: et est ratio, quia ejicit personam sibi contradicentem uti possessione, et dicitur hoc modo possessionem defendere suam, et vim vi repellere, quod est licitum* (6), *quae bene not. in pract. quia quotidie veniunt de facto, et omnia quae dixi supra, in primo, secundo, et tertio casu, quod quis non potest propria authoritate destruere vel evellere, intellige vera, quando potest haberi copia judicis:*

(1) *In cap. 1. in fin. de immun. eccles.*

(2) *L. si cujus, § usufructuarius, et § seq. de usufruct.*

(3) *In d. § 1. in l. 1. ad fin. de servit. urban. praedior.*

(4) *L. si eo loco. et l. ego. si servit. vendit.* secundum Flor. *in d. l. 1. § 1. et in d. l. 1. quemadum, § si protectum ad l. Aquil.*

X. O voglio distruggere in nome proprio in forza di servitù o di qualche diritto che mi compete; ed ecco un esempio. Se un estraneo innalza un muro od una fratta nel fondo del proprietario, nel quale io ho diritto di servitù, e per ciò mi sia impedito l'uso di questa, posso rompere ed atterrare quel muro, o distruggere quella fratta di propria autorità? Innocenzo forma tale questione, e dapprima risponde che no, perchè ciò è permesso solamente al padrone del fondo, non già all' usufruttuario, dacchè non è padrone; poscia dice che altri seguono contraria opinione. Ma la prima però sembra seguita da Floriano, ed io la reputo giusta, perchè è vero che non sono proprietarii o quasi; ma ben potrebbero, non solo il padrone, sì eziandio l' usufruttuario e chiunque abbia un diritto reale, cacciar quelli che impedissero l' uso del loro diritto; ed ancora potrebbero agire affinchè il muro, o le travi o simili ostacoli fossero tolti. E quelle cose che sopra furono dette circa l' usufruttuario, han luogo eziandio nelle cose beneficiarie e ne' diritti ecclesiastici; ecco un esempio.

XI. Se una persona ecclesiastica, od anche secolare, in ricognizione dei beneficii conferiti a qualche chiesa si riserbò un certo annuo censo, od anche un ostello, che per diritto gli spetta, ed alla sua venuta non sia ricevuto, non gli è mai permesso lo entrare in casa di sua autorità e romper le porte o le finestre onde entrarvi; e ciò per la ragione che si direbbe sforzare, mentre di regola non è lecito farsi giustizia. Ma se vuole entrare e trova alcuno che se gli opponga, allora può colla forza cacciarlo fuora, e la ragione si è: che scaccia una persona che gli contrastava l' uso del possesso, e si dice in questo modo difendere il suo possesso e ripulsar la forza con la forza; locch' è lecito. Le quali cose ricorda nella pratica perchè in fatto avvengono quotidianamente; e tutte quelle ch' io esposi più sopra nel primo, secondo e terzo caso, cioè che nessuno può di propria autorità distruggere, o cavare, intendi valere quando si può avere l' assistenza del

(5) 13 *quaest.* 2. *Eleutherius, et in c. quanto, de censib.*

(6) *Ut l. scientiam, § qui cum alter. ad l. Aquil. et l. 1. C. unde vi, et hoc not. per Innoc. singulariter in c. 1. de immun. eccl. et ibi per Canonistas, et per Flor. in l. 1. § 1. de servit. urban. praed.*

Digitized by Google

sed si judicis copia haberi non possit, tunc propria authoritate destruere posset (1)

XII. *Unde in istis civitatibus quae superiorem non recognoscunt, sicut est civitas Venetiarum et Florentiae, si una civitas occupavit bona alterius, potest illa per vim recuperare, quia judicis non est copia* (2). *Item debet limitari, nisi gravatus pateretur enorme damnum, quod de facili sequeretur, exemplum: Si quis per vim arriperet animalia tua, quae facilius pereunt, vel vineas, quae si incultae remanerent, de facili destruerentur: quod faciliter permittitur: quia tua authoritate recuperas, quamvis in aliis rebus non permitteretur, quae de facili sic non pereunt* (3), *quod tene menti. Quarto casu, quando aedificatur in publico* (******); *vel in eo tigna vel alia immittuntur, an sit licitum propria authoritate destruere, et in hoc dic: aut est aedificatum, et tunc non est licitum privato destruere, sed agere cuilibet de populo permissum est* (4), *et si aedificatum publico usui noceat, potest is qui publicis usibus deputatus est, sicut est in civitate Veronae, miles et judex procuratorum civitatis Veronae, deponere* (5), *et ita observatur, quia ibi officiales publici deputati super locis publicis, si reperiunt aliquid in loco publico aedificatum, destruunt, vel destrui faciunt. Sed si aedificatum in publico non noceat usui publico, tunc destrui non debet, sed aliqua pensio imponi debet aedificanti: ne urbes deformentur ruinis* l. 2. § *si quis nemini* (6), *et intellige praedicta, sive aedificetur in loco publico, sive in via publica, sive in alio loco privato, puta in meo, et aedificatum noceat loco publico* (7), *vel respectu itineris, vel viae, vel usus loci publici: vel respectu foetoris, aut mali odoris, vel putredinis* (8). *Item intellige: sive tangat publicum, sive non, sicut si*

giudice; ma se questa aver non si potesse, allora ciascuno potrebbe distruggere di propria autorità.

XII. Laonde per le città che non dipendono da chicchessia, come son quelle di Venezia e di Firenze, se una occupò i beni dell'altra, può questa colla forza ricuperarli, perchè non vi ha potere di giudice. La stessa regola si dee limitare nel caso che il gravato soffrisse un danno enorme, locchè facilmente avverrebbe, per esempio, se alcuno con la forza rapisse i tuoi animali che facilmente periscono, od occupasse le vigne che se restassero incolte, probabilmente andrebber distrutte; ne' quali casi l'uso della forza si permette facilmente, perchè ricuperi di tua autorità, sebbene non sia permesso in altre cose che non periscono così facilmente; lo che tieni a memoria. Nel quarto caso, cioè se quando si fabbrica nel fondo pubblico (******) o in esso s'immettono travi od altro, sia permesso distruggere di propria autorità ciò che fu edificato od immesso; ed in questo caso rispondi: O fu fabbricato, ed allora non è lecito distruggere al privato, ma è permesso agire a chiunque del popolo, e se il fabbricato nuoccia al pubblico uso, quegli ch'è delegato agli usi pubblici, come nella città di Verona il milite e il giudice dei procuratori, può abbatterlo; e così si fa, poichè i pubblici officiali deputati a'luoghi pubblici, se trovano qualche cosa di fabbricato nel pubblico luogo, lo distruggono o lo fanno distrurre. Ma se lo edificato nel luogo pubblico non nuoccia al pubblico uso, allora non può esser atterrato, ma si dee imporre una multa all'edificante; affinchè le città non si deformino con le ruine, giusta la legge 2 § *si quis nemini*. Ed intendi valere le cose predette, sia che si fabbrichi in luogo pubblico, o nella via pubblica, o in altro luogo privato, per es. nel mio, ed il fabbricato nuoccia al luogo pubblico, o rispetto al passaggio, o alla strada, o all'uso pubblico; o riguardo alla puzza, o al cattivo odore, od alla putrefazione. Del pari intendi, sia che tocchi, o non tocchi la pro-

(1) *Ut l. nullius, C. de Judaeis.*

(5) *Text. est in l. 2. § si quis nemini, ne quid*

Digitized by Google

fierent pontes aut ponticelli supra viam publicam, quod non licet (1). *Secundo casu principali, quando aedificatur vel aliquid aliud non est immissum, sed est super alieno protensum: sicut est proflum sive ponticellum, an sit licitum propria authoritate destruere, et in hoc distingue. Aut est arbor, quae protendit ramos et frondes super alieno, et non licet intercidere, sed habet locum interdictum*, de arbor. caedendis (2). *Aut non est arbor, sed monumentum: et tunc credo, quod liceat propria authoritate destruere, argum.* l. ossa, de relig. et sumpti. fun. *et idem credo per illum text. in quolibet alio aedificio spectante ad cultum divinum, et tangente locum vicini, sicut si esset locus sacristiae, vel altaris, aut simil. eadem ratione. Aut non est arbor, nec monumentum, vel locus ad cultum divinum deputatus, puta est ponticellum, vel aliud protectum, et tunc aut est supra locum publicum, et privato etiam vicino non licet propria authoritate destruere, sed officiali publico super operibus publici deputato*, sicut supra dixi, *aut est supra privatum locum, et tunc non licet etiam vicino propria authoritate destruere* (3). *Et per hoc habet plenissime. an et quando sit licitum propria authoritate destruere aedificatum, vel immissum, aut protectum in alienum vel in publicum.*

XIII. *Octavo et ultimo quaero, quis aedificat, vel immittit, vel protendit tignum in alienum vel publicum, qua actione poterit conveniri? Dic breviter, si in privatum proprium alterius, poterit conveniri. quod vi aut clam interdicto* (4), quod vi aut clam. *Aut in privatum commune, et tunc actione pro socio, vel communi dividundo* (5). *Aut in publico: et tunc interdicto, ne quid in loco publico, et de ista materia vide quae dicam infra de pa-*

prietà pubblica, come se si costruissero cavalcavie o poggiuoli sulla pubblica strada; locchè non è lecito. Nel secondo caso principale, cioè: se, lorquando si fabbrica, o non s' immette già alcuna altra cosa, ma si sporta alcunchè sopra l' altrui proprietà (come sarebbe il profilo od il poggiuolo) sia lecito distruggere di propria autorità; ed in questo caso distingui. Od è un albero che protende i suoi rami e le fronde sopra l' altrui e non è lecito tagliarli, ma invece compete l' interdetto *De arboribus caedendis*. O non è un albero, ma un monumento, ed allora credo che sia permesso distruggere di propria autorità in forza del testo della legge *ossa, De relig. et sumpt. fun.*; e credo pure che sia permesso di ciò fare per la stessa ragione in qualunque edificio dedicato al culto divino e toccante la proprietà del vicino, come per esempio: se fosse luogo di sacrestia, di altare e simili. O non è albero, nè monumento, nè luogo destinato al culto divino, per es. se fosse un poggiuolo o alcun altro sporto, ed allora, o sta sopra pubblico luogo, ed al privato, ancorchè vicino, non è lecito distruggerlo di propria autorità, spettando ciò al pubblico officiale delegato alle opere pubbliche, come prima ho detto; od è sovrastante a luogo privato, e neppure allora lice al vicino distruggerlo di autorità propria. Per tutto ciò è pienissimamente dimostrato se e quando sia lecito distruggere di propria autorità ciò che fu fabbricato, immesso o sporto sull'altrui fondo o sul pubblico (*g*).

XIII. In ottavo ed ultimo luogo dimando: se alcuno fabbrica od immette o sporta una trave nell' altrui o nel pubblico, con quale azione potrà venir convenuto? Rispondi brevemente: se nel privato ch'è proprietà d' un altro, potrà esser convenuto coll' interdetto *quod vi aut clam*. Se nel privato ch'è comune, allora il potrà essere coll' azione *pro socio*, o *communi dividundo*. Se nel pubblico, ed allora coll'interdetto *ne quid in loco publico*. Circa questa materia vedi quanto dirò poscia ne' capi

(1) *Ut est text. et ibi Barthol. in d. l. 2. § tra-*

materia adde quod not. Barthol. *in d. l. quominus,*

riete sive muro, et de tecto et stillicidio, et de ponticello et ponte.

(*) *Propria authoritate.* Quae differentia sit inter consensum, sententiam et authoritatem, vide Alex. *in 3. vol. consil. 29. in pen. col. in fin. et in ult. in princ. et in 1. vol. cons. 206. in pen. col.* § *nec obstat.*

(**) *Conced. tibi.* Concessio, et promissio de conducendo sunt diversa, vide Corn. *4. volum. cons. 74. incip. praemitto,* et quando aliquid alicui conceditur ad aliquem asum, an censeatur concessa proprietas, *consil. 295. in d. volumine.*

(***) *Domus tua.* Quomodo capiatur verbum domus. vide Alex. *consil. 48. in ult. colum. in fin. in 1. volum.* et domus sumitur in jure variis modis, vide Corn. *consil. 55. in volum. consil. 41. et in 3. volum. consil. 198. et in 2. volum. consil. 116.*

(****) *Violentia.* Violentia expulsiva an inducat privationem expellentis a jure suo, vide Corn. *cons. 272. in 3. volum. et in consil. 185. incip. licet,* et Alex. *in 3. volum. cons. 64. in pen. col.*

(*****) *Procuratoris nomine etc.* Procuratoris gesta an praesumatur nota domino, vide Corn. *consil. 156. in 3. volum.*

(******) *Aedificat.* Utrum aedificans cum damno vicini sui teneatur ad restitutionem? Responde, quod non, si non facit animo nocendi proximo, sed sibi consulendi (1), nam usque ad coelum potest quis elevare suum aedificium, si est sibi utile: et servitutem non habet (2). Et utrum quia possit in alieno aliquid facere invito domino? Respondet Angel. de Aret. (3) quod sic, quando facienti prodest, et domino non nocet (4).

(1) *L. 1. § denique, ff. de aqua plu. arcend.*
(2) *L. altius, ff. si serv. vend.*

della parete o del muro, del tetto e stillicidio, del poggiuolo o cavalcavia (*h*).

(*) *Di propria autorità.* Qual differenza sia fra consenso, sentenza ed autorità, vedi in Alessandro *vol. 3, cons. 29, col. pen. in fin., ed ultima in princ. e nel vol. 1, cons. 206, col. pen.* § *nec obstat.*

(**) *Ti concedo.* La concessione e la promessa di condurre sono diverse. Vedi Corneo *vol. 4, cons. 74,* che comincia *prometto.* E se quando si concede qualche cosa ad alcuno per alcun uso si ritenga concessa la proprietà, *cons. 295, vol. stesso.*

(***) *Casa tua.* Come s' intenda la voce *casa,* vedi Alessandro *cons. 48, ult. col. in fin. vol. 1.* In diritto la casa si considera in varii modi, vedi Corneo, *cons. 55 e 41 nel 1 vol., cons. 198 nel 3 vol., e cons. 116 nel 2 vol.*

(****) *Violenza.* Se la violenza usata per espellere produca la privazione del diritto nell' espellente, vedi Corneo *cons. 272, vol. 3 e cons. 185, che comincia* licet, ed Alessandro *cons. 64, col. pen. vol. 3.*

(*****) *Col nome di procuratore.* Se le cose fatte dal procuratore si presumano note al padrone. Vedi Corneo *cons. 156, vol. 3.*

(******) *Fabbrica.* Se quegli che fabbrica con danno del suo vicino sia tenuto alla restituzione? Rispondi che no, se non lo fa con animo di nuocere altrui, ma di provvedere a sè stesso; imperocchè ciascuno può innalzare sino al cielo il suo edificio, se ciò gli giova; e non ha servitù. E se alcuno possa fare alcunchè nel fondo altrui, contro voglia del proprietario? Risponde Angelo che sì, quando giova a chi fa e non nuoce al padrone.

(3) *Instit. deleg. Fusia.*
(4) *Ut ibid. et in l. 1. § fin. ff. de aqua plu. arcen.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XXX.

(*a*) Qui l' autore parla della servitù che il diritto romano chiama *tigni immittendi in parietem vicini.*

Il Codice austriaco nel § 475 n. 2 la chiama la servitù d' immettere una trave od un travicello nel muro altrui.

Per trave intendesi, secondo l'usuale linguaggio, quel pezzo lungo ed alquanto grosso di legno adoperato negli edifizii.

Travicello è diminutivo di trave.

Ma nel linguaggio della legge la parola trave abbraccia altri materiali da costruzione, come p. e. pezzi di pietra alquanto lunghi, pezzi simili di ferro ecc.

Immettere una trave nel muro altrui è infiggerla in esso in modo che ne rimanga connessa.

(*b*) Questa servitù perchè possa aver luogo dee essere pel § 686 del Codice Napoleone acquistata.

Per l' art. 690 di quel Codice, come servitù continua ed apparente può essere acquistata o in forza di un titolo o mediante possesso inducente prescrizione acquisitiva di essa.

Titolo qui vuol dire documento scritto.

Lo prova il Romagnosi nel suo trattato della condotta delle acque, volume III, pagine 113 e seguenti. Milano tipografia di commercio 1823.

Digitized by Google

Ciò risulta dai combinati §§ 434, 445, 1468 del Codice austriaco.

Mi riferisco a quel che ho detto su ciò nell' annotazione *c* del Capo XXVIII ove fu per errore riportato il § 345 invece del § 445.

La stessa disposizione di ultima volontà seguita a voce (nuncupativa) non val nulla se, secondo i §§ 586, 588 del Codice austriaco, non è assunta a protocollo giudiziale, uditi i testimonii di essa se fatta fuor di giudizio ed udito il disponente che vuol farla in giudizio.

In prova di essa dee essere cioè formato un protocollo giudiziale, il quale altro non è che un documento, un atto scritto pel § 170 del regolamento del processo civile.

Anche pegli art. 696 e seguenti del Codice Napoleone quella disposizione dee essere o scritta dal disponente, o ricevuta in iscritto da altri per esso.

Insomma la prova ne dee risultare da documento scritto.

(*c*) Nell' annotazione *g* del presente Capo toccherò la quistione se quegli che abbia lasciato immettere la trave altrui nel proprio muro, possa di propria autorità levarla o tagliarla.

(*d*) Pel § 855 del Codice austriaco ogni consorte di un muro comune che serve a dividere edifizii o terreni vicini, può usare dalla sua parte di quel muro fino alla metà della grossezza anche per farvi porte finte ed immettervi armadii, ove dalla parte opposta non ve ne sieno.

Fa d' uopo però che con ciò il muro comune non venga esposto a pericolo e che non sia impedito in verun modo al vicino l' uso della sua porzione di muro.

Sembra dunque che non esistendo quel pericolo o quell' impedimento, un consorte fino alla metà della grossezza del suddetto muro comune, possa dalla sua parte immettervi travi o travicelli.

E per l' art. 657 del Codice Napoleone ogni compadrone di un muro comune che divida edifizii o terreni di vicini, può immettere in quel muro travi e travicelli per tutta la grossezza di esso ad esclusione di cinquantaquattro millimetri (due pollici) di quella grossezza.

Resta salvo però il diritto dell' altro compadrone di far accorciare la trave fino alla metà del muro, quando dalla sua parte volesse collocare una trave nello stesso sito od appoggiarvi un camino.

Per tal modo non è impedito all' altro consorte di far uso della sua porzione del muro comune.

S' intende poi da per sè che quella immissione non dee esporre a pericolo il suddetto muro comune.

Qui ambedue i Codici parlano di un muro comune che divida edifizii o terreni spettanti a due diversi proprietarii.

Ma se vi avesse un solo edifizio o terreno comune fra due persone, e vi fosse su quell' edifizio o terreno un muro egualmente fra esse comune, una di quelle persone potrebbe senz' assenso dell' altra immettere in quel muro comune una trave?

Sembra di no, perchè facendolo disporrebbe arbitrariamente della porzione dell' altra, e ciò non le è permesso.

Ma se una di quelle persone, con altro suo edifizio o terreno confinasse con quel muro ad essa ed all' altra persona come ho detto di sopra comune, potrebbe in quel muro comune immettere una trave a vantaggio di quell' altro suo edifizio o terreno?

Mi sembra egualmente di no, senza l' assenso dell' altra persona.

Nol potrebbe a titolo di comunione secondo il § 855 del Codice austriaco e l' articolo 657 del Codice Napoleone, perchè il suddetto muro non sarebbe comune a quell' altro edifizio o terreno.

Nol potrebbe a titolo di servitù, perchè come proprietaria in comune con altri di quel muro, non potrebbe da sè sola aggravarlo di servitù prediali a vantaggio di quell' altro suo edifizio o terreno, che nella presente ipotesi sarebbe come se spettasse ad altro proprietario.

Digitized by Google

(e) Qui l' autore propone un' altra quistione:

Io ho il mio muro presso la casa od altro edifizio del mio vicino.

1.° Soffersi tacitamente senza dir verbo che il vicino in quel mio muro immettesse travi.

2.° Ovvero gli concedetti espressamente d' immetterle.

Potrà il vicino, oltre alle travi che ha già immesso, immetterne altre ancora, ovvero alle vecchie sostituirne di nuove contro mia volontà?

1.° O tacitamente il soffersi nel modo e tempo inducenti a favor del vicino l' acquisizione per prescrizione (usucapione) della servitù d' immettere travi.

Ovvero il soffersi tacitamente, non però nel modo e nel tempo da indurre a favor suo quella prescrizione.

Avendolo io tacitamente sofferto nel modo e nel tempo da indurre a favor del vicino l' acquisizione per prescrizione della servitù d' immettere travi nel mio muro; allora parmi che valer debba la regola *tantum praescriptum quantum possessum*.

Quindi se per quella prescrizione il vicino ha, p. e., acquistato il diritto d' immettere soltanto una o due travi, non potrà immetterne una terza, una quarta contro mia volontà.

A poter farlo converrebbe che ne avesse acquistato il diritto per nuova e diversa prescrizione (usucapione), per nuovo e diverso possesso.

Ma acquistata una volta per quella prescrizione la servitù d' immettere nel mio muro una o più travi, egli ha il diritto di conservarsela.

E se per conservarsela gli è necessario di sostituir nuove travi alle antiche, dee aver diritto di farlo.

Solo non può sostituire tali travi da rendere più onerosa di quel ch' era prima al mio muro la servitù.

Ciò deduco dagli art. 697, 702 del Codice Napoleone e dai §§ 483, 484 del Codice austriaco.

Quando invece io abbia tacitamente sofferto che il mio vicino immettesse travi nel mio muro, non però nel modo e nel tempo da indurre a favor suo mediante il possesso l' acquisizione per prescrizione della relativa servitù, allora parmi che per qualunque motivo io abbia sofferto ch' ei v' immettesse una o più travi, dall' aver io ciò una volta sofferto, non possa venirne che debba un' altra volta soffrirlo.

Quindi posso oppormi alla immissione di altre travi ed anche alla sostituzione di travi nuove alle antiche.

E potrebbe anche dirsi che quel mio semplice e tacito tollerare la immissione delle travi per parte del mio vicino, non avendogli dato il diritto d' immetterle, non gli dia nemmeno il diritto di conservarle.

Sicchè posso astringerlo a levarle.

E se posso astringerlo a levare le travi già immesse, tanto più posso vietargli di immetterne delle altre o di sostituire alle vecchie come ho detto già immesse, nuove travi.

2.° Quando io abbia espressamente conceduto al mio vicino d' immettere travi nel mio muro le condizioni della concessione ponno essere tante e tanto varie da sembrarmi che per quanto si distingua e suddistingua non si possa giungere a dare regole speciali per ogni possibile caso.

Fa d' uopo dunque limitarsi a stabilire regole generali possibilmente applicabili a tutt' i casi.

E stabilendo queste ultime regole fa d' uopo distinguere tra concessione e concessione, dividendo quelle concessioni in due grandi classi.

O concedetti al mio vicino d' immettere travi nel mio muro per favore, per benevolenza, per famigliarità, per amicizia, senza avergli accordato il diritto di farne e senza avere assunto l' obbligo di tollerarne la immissione, ed allora siffatta concessione che gli accordò un possesso puramente precario (vizioso secondo il § 1464 del Codice austriaco quando uno volesse giovarsene per acquistare sul fondamento di esso diritti) può essere ad ogni momento rivocata da me, da' miei eredi, successori, ed aventi causa.

Possiamo cioè ad ogni momento volere che sieno levate le travi già immesse.

Per la stessa e per maggiore ragione possiamo anche impedire che ne vengano immesse delle altre, o che alle vecchie ne vengano sostituite di nuove.

Veggasi poi ciò che sulla precarietà del possesso ho osservato in riguardo alla pre-

Digitized by Google

scrizione acquisitiva delle servitù prediali nell' annotazione *a* del Capo XX al n. 6 secondo il Codice Napoleone, ed al n. 3 secondo l' austriaco.

O concedetti invece al mio vicino d' immettere travi nel mio muro accordandogli il diritto di farne ed assumendo l' obbligazione di tollerarne la immissione, ed allora la concessione, in quanto riguardi di ordine pubblico non la vogliano derogata, sarà l'unica norma per me e per chiunque abbia diritto da me.

Ciò premesso: o la concessione e le condizioni di essa sono chiare sicchè non abbiano bisogno di essere interpretate, ed allora quella chiara concessione, quelle chiare condizioni saranno per me e per chi abbia causa da me unica norma.

O sono ambigue ed oscure, ed allora fa d' uopo interpretarle.

Allora concessione e condizioni interpretate saranno per me e pei miei norma del nostro diritto.

E qui ove io abbia conceduto mediante contratto, la interpretazione avrà luogo secondo le regole dei §§ 914-916 del Codice austriaco e degli art. 1156-1164 del Codice Napoleone.

E se si tratti di concessione mediante legato avrà luogo secondo le regole del § 655 del Codice austriaco, che, salvo ciò che dirò in appresso, coincidono con quelle stabilite pei contratti.

Anche secondo il Codice Napoleone la interpretazione del legato dovrebbe aver luogo secondo le regole stabilite per contratti, salvo pure ciò che qui appresso vengo a dire.

Vengo a dire cioè che per ambi i Codici interpretando il contratto s' indaga la comune intenzione di chi fece e di chi accettò la promessa, perchè ebbevi volontà comune di chi l' ha fatta e di chi l' ha accettata.

Ed interpretando il legato dee indagarsi quella del solo concedente perchè in fondo trattasi della sola sua volontà.

Osservo inoltre che portando in ogni caso la suddetta concessione d' immettere travi nel muro altrui una obbligazione pel concedente dalla quale ne deriva un diritto del concessionario, e portando quindi una servitù prediale, essa e nel contratto e nel legato dovrà nel dubbio essere interpretata in modo che pur avendo secondo la indole sua ed il fine per cui fu stabilita effetto a favore del fondo dominante, venga ristretta anzichè estesa, e sia meno anzichè più gravosa pel fondo serviente.

Indicare poi ad una ad una tutte le regole d' interpretazione dei contratti e dei legati, che trovansi già spiegate da tutt' i commentatori, mi esporrebbe alla taccia di essere nelle mie annotazioni meno sobrio di quello che sia stato il Cipolla nella esposizione della dottrina delle servitù. Quindi mi arresto.

(*f*) Altra quistione.

Il mio vicino ha diritto d' immettere travi, cioè d' infiggerle nel mio muro, p. e., per fortificare il suo muro, o per costruire fra questo e la mia casa una stanza, un passaggio coperto ecc.

Può far sporgere un tetto o verone sul mio o sull'altrui spazio d'aria senza toccare il suddetto mio muro?

Non può farlo se non ha acquistato questa ultima servitù.

E ciò perchè la servitù d' immettere la trave è diversa da quella di far sporgere il suddetto tetto o verone.

Tanto è vero che il § 475 del Codice austriaco ai numeri 2 e 4 le enumera come due separate e diverse servitù.

Anche pel diritto romano la servitù *tigni immittendi* era diversa dalla servitù *projiciendi* che [illegible]

Digitized by Google

(*g*) Taluno senza averne diritto ha già immesso una trave nel mio muro o nel muro fra noi comune, ovvero l'ha già fatta sporgere sul mio spazio d'aria o sullo spazio d'aria come sopra comune.

Ho io il diritto di levarla, di distruggerla di mia propria autorità?

Pel Codice austriaco mi sembra di no.

Mi farei da me solo giustizia con preterizione delle autorità stabilite dalla legge per rendermela.

Ciò è proibito dal § 19 di quel Codice.

Può essere anche secondo i casi punito, in forza ai §§ 83-86 e 468 del Codice penale del 1852.

La legge indica espressamente i casi nei quali posso farmi giustizia da me solo.

Pel § 344 del Codice civile austriaco, posso mantenermi nel mio possesso e respingere convenientemente colla forza la forza, allora soltanto quando tardi fossi per ottenere il soccorso del giudice.

E se nel caso di questa necessaria e legittima difesa, di questa incolpata tutela, gli estremi della quale sono segnati dal § 2 lettera *g* del suddetto Codice penale, commettessi perfino un crimine, questo non mi sarebbe imputabile.

Potrebbe però essere punito secondo quel § l'eccesso ne'limiti della necessaria difesa.

Posso quindi farmi giustizia da me quando taluno si accingesse colla forza ad immettere una trave nei suddetti muri o a farla sporgere ne' suddetti spazii di aria, ed io non avessi pronto il soccorso del giudice onde impedirglielo.

In questi casi ad impedire la consumazione di quei fatti posso respingere convenientemente colla forza la forza, farmi cioè giustizia da me.

Ma consumati quei fatti, immessa cioè già, o fatta già sporgere la trave, non posso levarla o distruggerla di mia sola autorità, farmi così da me solo giustizia, ommettendo di ricorrere all'uopo alle autorità dalla legge stabilite.

E tanto meno posso farlo in quanto che se può giungermi a tempo il soccorso del giudice, il § 340 del Codice civile mi dà il diritto di domandargli il divieto di quell'arbitraria innovazione, quando per essa corressi pericolo di venir pregiudicato ne' miei diritti.

Il giudice poi dee decidere il caso colla maggiore sollecitudine.

Altro caso nel quale posso farmi giustizia da me è additato dal § 1321 del Codice civile.

Quel § mi dà il diritto di privata pignorazione di tanti animali che io abbia sorpreso sul mio fondo e che mi abbiano recato danno, quanti sieno sufficienti ad indennizzarmi.

Che cosa poi dovrebbe dirsi nei due casi seguenti?

1.° Taluno, senza mia saputa ed assenso, ha immesso una sua trave nel mio muro.

Pel § 418 del Codice civile potrebbe dirsi essere quella trave divenuta mia per accessione.

Se fosse divenuta così mia, potrei svellerla o distruggerla di mia privata autorità?

Se chi l'ha immessa si opponesse, mi sembrerebbe di no.

Se anche avessi il diritto di considerarla mia, quel mio diritto non sarebbe riconosciuto, anzi, per la fatta opposizione, sarebbe contrastato dall'immittente.

Dovrebbe in tale stato di cose essere riconosciuto sussistente dal giudice.

Non potrei dunque farmi giustizia da me sottraendomi a quella decisione, ed antecipandola.

2.° Ma essendo io invece consapevole della immissione dell'altrui trave nel mio mu-

Digitized by Google

Ammettendone l'applicabilità nel secondo di quei casi si potrebbe terminare col conchiudere che conoscendo io e non avendo tosto interdetto la immissione in buona fede dell'altrui trave nel mio muro, avessi tacitamente conceduto all'immittente la servitù *tigni immittendi*.

E coll'ammettere lo Schuster che io pur non potendo far levare la trave già immessa possa però agire per indennizzazione. non ammette per avventura implicitamente che io possa chiedere in giudizio che venga levata la trave?

Per risarcire un danno cagionato, non deggiono essere, pel § 1323, prima di tutto ove ciò possa eseguirsi, restituite le cose nello stato pristino?

Cioè nel caso concreto non dovrebbe essere levata la trave?

Ma la conchiusione per me essenziale di quello che ho detto finora si è, che immessa in un muro o mio od a me comune una trave. ovvero fattola sporgere sul fondo mio od a me comune, io di privata mia autorità non posso levarla o distruggerla, ma deggio all'uopo ricorrere alle autorità stabilite dalla legge.

Quali saranno poi queste autorità?

Se nel fatto ebbe luogo un'azione punibile, l'autorità penale.

Se vi è involto il pubblico interesse, l'autorità politico-amministrativa destinata a tutelarlo.

Se si tratta del solo interesse privato, l'autorità giudiziaria.

Un Decreto dell'Aulica Cancelleria del 7 agosto 1843 N. 23148 ha saggiamente deciso, che negli affari edili, ove sieno involte eminenti vedute di pubblico interesse, sia competente l'autorità politico-amministrativa e che non essendo involte quelle vedute e si tratti invece di mero interesse privato le relative quistioni sieno di competenza della autorità giudiziaria.

E per pubblico interesse, secondo un estratto di protocollo della I. R. Commissione aulica di legislazione giudiziaria del dì 7 luglio 1831, non s'intende già per avventura l'interesse pecuniario del pubblico Tesoro, sì bene la utilità generale nel senso più elevato e più nobile, quella utilità pubblica della quale parlano il § 365 del Codice civile austriaco e l'art. 545 del Codice Napoleone.

Che se taluno si accinga poi ad immettere od abbia immesso una trave nel muro pubblico, ovvero si accinga a farla sporgere o l'abbia fatta sporgere su un pubblico spazio d'aria, io non potrò di mia privata autorità nè oppormi prima che il fatto abbia avuto luogo, nè distruggere quel fatto dopo compiuto.

Non avrei veste per ingerirmi così in cosa non mia privata, ma pubblica.

La iniziativa ne spetterebbe all'autorità che amministra quella cosa pubblica, come rappresentante il pubblico, proprietario di essa.

La decisione e la esecuzione ne spetterebbero, secondo la distinzione che ho fatto di sopra, o all'autorità penale o alla politico-amministrativa od alla giudiziaria.

In tutt' i casi poi nei quali si tratti del pubblico interesse, quale poco fa l'ho definito, l'autorità politico-amministrativa cui la tutela di esso è affidata, decide e fa seguire in via amministrativa le sue decisioni.

Ordina cioè la sospensione, od il toglimento entro un determinato termine della opera che offende i pubblici riguardi, sotto comminatoria dell'esecuzione d'uffizio.

E se in quel termine non è eseguito l'ordine procede a quella esecuzione di uffizio a spese della parte disubbidiente.

E si rimborsa contro quella parte delle spese sostenute, mediante gli atti esecutivi in via amministrativa ossia presso noi colla così detta esecuzione privilegiata fiscale.

Così il vicereale Decreto del 14 gennaio 1833 N. 146 portato dalla Circolare del Governo di Venezia del 24 dello stesso mese ed anno, N. 2093 ha deciso che trattandosi di opere ordinate per interesse generale, l'autorità comunale è investita delle facoltà e dei privilegii che le competono come autorità pubblico-politica indipendentemente dal parziale incarico dell'amministrazione del proprio Comune, ed è quindi autorizzata a valersi del privilegio fiscale, sempre che però la esecuzione d'uffizio di quelle opere sia stata preceduta da analoga diffidazione ai proprietarii con assegno di congruo termine e purchè il conto delle spese sia stato regolarmente intimato al debitore moroso, il quale non abbia reclamato all'autorità politico-amministrativa superiore, od avendo reclamato abbia veduto rejetto il reclamo, sicchè il credito del Comune sia liquido ed incontrastabile.

Digitized by Google

Ed il dispaccio dell'antica Cancelleria del 9 agosto 1832 N. 17950 ha dichiarato che quando un corpo municipale è obbligato ad incontrare una spesa per tutela della pubblica sicurezza, esso dipendere non dee dalle ordinarie forme civili per le conseguenze derivanti dall'esercizio della sua autorità politico-amministrativa. Sarebbe, soggiunse, in fatti contrario ai fondamentali principii del pubblico diritto che un Magistrato avesse la facoltà anzi il dovere di prescrivere, e non avesse poi potere sufficiente per giungere all'intero compimento de' suoi ordini, e che un Municipio incontrando spese dovesse per compensarsene essere posto alla condizione dei privati. Sarebbe contraddittorio, continuò, che le leggi considerassero la stessa materia, in parte pubblica ed in parte privata. Conchiuse quindi, spettare la processura fiscale ai Comuni pel risarcimento delle spese da essi incontrate nel ristauro delle case minaccianti rovina, ed in tutti gli altri casi di contravvenzione ai regolamenti sulla polizia delle strade ecc.

Ne viene da tutto ciò che ove con lesione del suddetto pubblico interesse fosse stata immessa una trave in un muro pubblico o privato o fosse stata fatta sporgere su uno spazio d'aria o pubblico o privato, l'autorità politico-amministrativa decide che venga tolta da chi l'ha immessa o fatta sporgere, e disubbidiente questo la fa togliere d'uffizio e si rimborsa della sostenuta spesa colla esecuzione privilegiata fiscale.

Nè, nel caso in cui l'autorità pubblica non giudiziaria tutto ciò ordinasse e facesse eseguire su un muro pubblico, su uno spazio d'aria pubblico, dissi potrebbe farsi essa giustizia da sè.

Essa vestirebbe in questo caso due qualità distinte.

La prima di autorità cui spetta l'amministrazione del fondo pubblico sul quale avesse avuto luogo la immissione o lo sporgimento della trave.

La seconda di autorità politico-amministrativa cui è affidata la tutela del pubblico interesse esposto a pericolo.

Non procederebbe nella prima qualità di rappresentante il pubblico, proprietario della cosa su cui avesse avuto luogo quella operazione.

Procederebbe nella seconda qualità di giudice incaricato della tutela di quel pubblico interesse.

Questa distinzione è pe' Comuni espressamente portata dal suddetto dispaccio vicereale.

Poche parole oltre a ciò che finora ho detto, mi basteranno a provare dover questi essere stati i principii anche delle leggi del cessato regno d'Italia.

A convincersene basta leggere gli art. 1 e 2 della teoria delle azioni, eccezioni ecc. da me citata nell'annotazione *d* del Capo II.

In quella teoria dice il Romagnosi a pagina 116 Volume V del suo trattato da me citato nell'annotazione *b* del Capo XXIII si raduna in sostanza lo spirito delle disposizioni positive consecrate e dal Codice Napoleone e dal Codice di procedura civile del regno d'Italia.

L'art. 1 di quella teoria dice che nessuno può appropriarsi in via di fatto ciò che pretende essergli dovuto od appartenergli.

Non può in caso di rifiuto legittimamente conseguirlo, se non mediante i Tribunali competenti.

L'art. 2 dice che il diritto di ripetere dinanzi ai Tribunali ciò che ci è dovuto o che ci appartiene, chiamasi *azione* e l'esercizio di quel diritto, *domanda*.

Ecco dunque stabilita la regola che nessuno possa farsi giustizia da sè e che per ottenerla debba rivolgersi alle autorità stabilite dalla legge.

Dunque, arbitrariamente immessa nel mio muro o in muro a me comune una trave, o fattala sporgere su uno spazio d'aria o mio od a me comune, se pretendo essermene dovuta la estruzione, la distruzione, non posso, invita l'altra parte, eseguirla di mia propria autorità, ma deggio rivolgermi colla mia azione ai Tribunali competenti.

Ma prima che quei fatti sieno stati compiuti, posso, se per eseguirli venisse adoperata la forza, rispingerla colla conveniente forza quando tardi fosse per giungermi il soccorso del giudice.

Farei allora uso del diritto di necessaria e legittima difesa, e ciò mi è permesso anche dalle leggi italiane.

Pegli art. 328, 329 del Codice penale del regno d'Italia non havvi nè crimine nè delitto quando sieno stati comandati da attuale necessità di legittima difesa.

Digitized by Google

Questa legittima difesa, ch'è ammessa in via penale, dev'esserlo anche in via civile. Pel resto mi riferisco a quello che ho detto sulle leggi austriache.

(*h*) In riguardo alle azioni che posso far valere contro chi arbitrariamente avesse immesso una trave nel mio muro o nel muro a noi comune, o l'avesse fatta sporgere sul mio o sul nostro comune spazio d'aria, mi riferisco a ciò che ho detto nella suddetta annotazione *d* del Capo II sulle azioni possessoria e petitoria in genere ed in ispecie sulle azioni competenti al proprietario di una cosa contro chi su essa si arroga una servitù.

Digitized by Google

CAPUT XXXI.

DESERVITUTE PROJICIENDI.

I. *Servitus a praedio dominante denominatur.* — II. *Aquam de domo tua in curtem meam, vel e contra, sine aliqua servitute an projicere possis.* — III. *Domus partem superiorem inhabitans, si aquam per solarium superius projiciat, quae aqua ad inferiora descendat, an loci inferioris dominus conqueri possit, et etiam ne hoc fiat, prohibere.* — IV. *Lapicida si caedat lapides in domo vel area sua, et fragmenta in vicini fundum cadant, an hoc facere possit, vel sibi prohiberi valeat.* — V. *Servitutem projiciendi in fundum vicinum habens, an stercus vel urinam foetidam, vel alia similia projicere poterit.* — VI. *Domus dominus superior si projiciat aquam in fundum vicini inferiorem, ubi de jure non potest, vel stercus aut urinam, ubi haberet servitutem, aut dominus inferior divertit fumum ad locum domini superioris, ubi non potest, an actione injuriarum conveniri poterit.*

Servitus projiciendi est urbana, non rustica (1), *quoniam competit, quando quis habet jus projiciendi ex fundo suo urbano in domum meam, vel aream vicini, vel etiam in alterius fundum rusticum.*

I. *Denominatur enim servitus a praedio dominante* (2), *quod habens domum*

CAPO XXXI.

DELLA SERTITÙ DI GETTARE.

I. La servitù prende nome dal fondo dominante. — II. Se tu possa senza alcuna servitù gettare dalla tua casa nel mio cortile e viceversa. — III. Se qualora chi abita la parte superiore di una casa getti l'acqua sul proprio solajo e questa discenda ai piani sottoposti, il proprietario del piano inferiore possa lagnarsi e proibirgli di ciò fare. — IV. Se quando uno scarpellino taglia pietre nella sua casa od area, ed i frammenti di esse cadano nel fondo del vicino, egli abbia facoltà di ciò fare, o gliene possa venir fatta inibizione. — V. Se chi ha la servitù di gettare nel fondo vicino, possa gettarvi sterco, od orina fetida, o simili immondizie. — VI. Se possa venir convenuto coll'azione d'*ingiurie* il padrone di una casa sovrastante al fondo inferiore del vicino, che in questo getta acqua, mentre per diritto nol può, o sterco od orina, ove possiede la servitù; oppure il proprietario sottoposto che dirizza il fumo al luogo del proprietario superiore, mentre nol può.

La servitù di gettare è urbana, non già rustica, conciossiachè compete alloraquando alcuno ha il diritto di gettare dal suo fondo urbano nella mia casa, o nell'area del vicino, od eziandio nell'altrui rustico fondo.

I. Si denomina poi servitù dal fondo dominante, e da questo ricava che chi ha una

Digitized by Google

projicere aquam de domo tua in curtem meam vel e contra, sine aliqua debita servitute? et dicas quod non, per praedicta (1) *ratio, quia licet regulariter in suo quis possit facere, sicut vult, non tamen potest immittere in alieno* (2), *et immitti dicitur non solum quando de superiore ad inferiorem, sed e contra, quando de inferiore ad superiorem, sicut in fumo contingit* (3), *de quo fumo dicam in quaestione seq.*

III. *Quaero secundo, aliquis habet solarium superius, et alius habet locum inferiorem, sicut Venetiis: habens solarium superius, spargit aquam per solarium, vel causa ipsum tergendi: vel propter calores causa frigiditatis inducendae: sicut aestivo tempore plerumque fieri solet: ex hoc accidit, quod aqua illa quandoque ad loca inferiora descendit: quaeritur numquid dominus loci inferioris conqueri possit et prohibere ne hoc fiat? et videtur quod sic, per ea quae dicta sunt in quaestione praecedenti, et per text.* in d. § Arist., *ubi sic dicit, in suo enim alii hactenus licet, quatenus nil in alienum immittatur, et istam partem tenet gloss. ibi in ver. jure, in fin. quae facit differentiam inter aquam et fumum, dicens, quod fumus potest immitti in loca superiora, quia naturaliter ascendit, non sic in aqua: quae recte projicitur, et non descenderet naturaliter: nisi projiceretur. In contrarium videtur esse text:* in d. l. sicut 8. § fin. si servitut. vendi juncto § Arist. versic. fumi. *Nam ille vers. fumi aequiparat fumum aquae, quantum ad immissionem in locum alterius, et* in d. § *dicitur, quod quis potest ex loco inferiori immittere fumum in locum superiorem, idem ergo dicendum videtur in aqua. Item pro hac* l. 1, § denique de aqua plu. arcen. *ubi dicitur, quod agri natura est, semper inferiorem superiori servire. Circa hoc breviter sic concludas, et ista est veritas circa aquae projectionem. Aut dominus partis superioris non potest habitare commode, nisi infundat aquam, et tunc ipsam infundere potest, licet aliquando inferius descendat* (4). *Aut potest habitare, etiam si aquam non spargeret, et tunc aut infundit*

gettar acqua dalla tua casa nel mio cortile, o viceversa, senza alcuna servitù dovuta. Rispondi che no, in forza delle predette cose; e la ragione si è, perchè sebbene di regola ciascuno possa fare nel suo ciò che vuole, nondimeno non può immettere nell' altrui; e si dice esservi immissione non solo quando si manda dal fondo superiore all'inferiore, ma eziandio viceversa, quando dall' inferiore si manda al superiore, come avviene circa il fumo, del quale parlerò nella seguente questione (*a*).

III. Chieggo in secondo luogo: Taluno ha il solajo sopra il piano d' un altro, come in Venezia, e sparge acqua nel suo pavimento, sia per lavarlo, sia in causa del caldo onde averne frescura, come ordinariamente far si suole nell' estiva stagione. Da ciò consegue che quell' acqua talvolta discenda a' piani inferiori. Si dimanda se il padrone del piano sottoposto possa lagnarsi e proibire che ciò sia fatto? Sembra che si, per ciò che fu detto nell' antecedente questione ed in virtù del § *Aristo leg. sicut. ff. si serv. vindic.*, che dice così: imperocchè si può bensì fare ciò che si vuole nel proprio, ma parchè nulla s' immetta nell' altrui. E questa sentenza è seguita dalla glossa, la quale fa differenza tra l'acqua ed il fumo, dicendo che il fumo si può far passare ne' luoghi superiori, perchè ascende naturalmente, ma non così l'acqua, la quale direttamente si getta e non discenderebbe naturalmente se non fosse lanciata. Sembra a ciò esser contraria la detta legge *sicut* § *Aristo. vers. fumi.* Avvegnachè quel versetto *fumi* agguagli il fumo all' acqua, rispetto all' immissione nel luogo altrui, e nel detto § si dica che alcuno può dal luogo inferiore immettere il fumo nel superiore; dunque lo stesso sembra dirsi dell' acqua. Parimente sta a favore di tale sentenza la legge 1.ª § *Denique ff. De aqua plu. arc.*, ove si trova detto ch' è natura del terreno, che l' inferiore serva al superiore. Intorno a ciò brevemente conchiudi nel modo seguente; e questa è verità rispetto al gettito dell' acqua. O il proprietario della parte superiore non può abitar comodamente senza gettarvi acqua per entro, ed allora può gettarvela, benchè talvolta discenda abbasso. O può abitare senza sparger acqua, ed allora, o la sparge per suo co-

(1) *Probatur in l. sicut 8. § Aristo si servitut. vend.*

(2) *Ut est text. in d. § Arist.* et dixi plene in servitute praecedenti.

(3) *Ut est text. in d. § Aristo, versic. fumi. autem.*

(4) *Ut l. pen. et ibi hoc not. Ang. ff. de injuriis.*

Digitized by Google

aquam per suum solarium juxta morem suum, et tunc non tenetur an aliquid ad loca inferiora descenderet (1), *nisi faceret animo injuriandi* (2), *et ideo puto, quod si superior habet solarium, et lavando juxta solidum et communem modum, aliquando caderet aqua, quae descenderet ad locum inferiorem, non tenetur, neque prohiberi possit, quod not. Aut effundit aquam ultra solitum et communem modum, vel in solario fecit balneum, et vult projicere aquam per solarium, causa ipsum calefaciendi, vel alia de causa, et tunc non potest, si per hoc aqua descenderet ad loca inferiora* (3). *Et eadem distinctio facienda est de fumo: aut fit ignis solitus ant insolitus* (4). *Et praedicta intellige, nisi aliter esset imposita servitus aquae vel fumi dimittendi vel divertendi, ut est text. cum gloss.* (5), *quae facit differentiam inter aquam et fumum: quia non est facienda. Nam sicut facto superioris projicientis aquam, aqua descendit in inferiorem naturaliter: ita et facto inferioris ignem facientis, fumus ascendit naturaliter ad superiorem. Item non obstat* l. 1, § denique 23 de aqua plu. arc. *quae vult inferiorem superiori servire: quia loquitur in agris, in quibus sunt aquae discurrentes, quae de necessitate ad inferiora descendere debent. Et subditur ibi una ratio, quia sicut omnis pinguedo terrae ad inferiorem locum decurrit, ita etiam ad eum aquae incommodum fluere debet: quae ratio non potest procedere in aqua projecta aliena.*

IV. *Quaero tertio, lapicida caedit lapides in domo vel area sua, et fragmenta cadunt in vicini fundum* (*), *quaeritur numquid possit hoc facere: an vero prohiberi possit? Et videtur, quod hoc facere non possit, et quod prohiberi valeat, per regulam, quae est in* d. l. sicut § Aristo. *videlicet quod in suo eatenus facere licet, quatenus in alienum non mittat. et hoc sentit glos.* (6) *quae dicit nel nostrum In*

stume nel solajo, e in questo caso non sarà tenuto se qualche poca ne scorra a' piani sottoposti, purchè nol faccia con animo di ingiuriare; e però io opino che se il padrone del piano superiore ha pavimento, e col lavare, secondo il solito e comune uso, talvolta spande acqua, la quale scende nel piano inferiore, non sarà tenuto, nè gli potrà esser vietato di lavare; locchè dee notarsi. O sparge acqua oltre il solito e comune uso, oppure avendo fatto un bagno nel solajo vuole su questo gettar l'acqua onde riscaldarlo, o per altra cagione, ed allora nol può, quando pel getto l'acqua scendesse a' piani inferiori. La stessa distinzione dee farsi pel fumo, tanto se il fuoco sia solito, quanto se insolito. E le predette cose intendi valere, qualora la servitù di mandare e dirigere il fumo non fosse stata imposta in modo diverso. Ned osta a ciò la glossa, che fa differenza fra l'acqua e il fumo; la qual non dee farsi. Imperciocchè siccome pel fatto del proprietario sovrastante che getta l'acqua, questa discende naturalmente al piano inferiore, così pel fatto del proprietario sottoposto che fa fuoco, il fumo ascende naturalmente al superiore. Parimente non osta la legge 1.ª § *Denique ff. De aqua pluv. arc.*, la quale vuole che l'inferiore serva al superiore, perchè parla di campi, ne' quali hannovi acque correnti, che necessariamente deono discendere a' terreni inferiori. Ed ivi pure è soggiunta una ragione; cioè, che siccome ogni grassume della terra scorre al terreno inferiore, così ancora deve in esso fluire l'incomodo dell'acqua; la qual ragione non può stare per l'acqua gettata da' tetti (*b*).

IV. In terzo luogo dimando: se uno scarpellino tagli pietre nella sua casa od area ed i frammenti di esse cadano nel fondo (*) del vicino, può egli forse ciò fare, o veramente gli può essere vietato? E sembra che ciò fare non gli sia lecito e gliene possa venir fatta inibizione in virtù della regola che trovasi nella detta legge *sicut* § *Aristo*, cioè, che può bensì fare ciò che vuole nel

Digitized by Google

regulariter prohiberi potest (1), *nisi servitus constituta esset, et ideo si vendo tibi domum cum pacto, ut non possis ibi exercere talem artem: ista conventio valet, et tu et tui haeredes obligaris: non autem servitus, cum non sit praedium dominans, ut dicit Bart.* (2) *et Paul. de Castr.* (3), *qui dicit hoc esse verum, si ex hoc pacto consequor utilitatem: quia in domo mihi remanente exercebam eamdem artem, alias secus, et hoc per illum text.* in d. l. *quoties ibi, aliter atque, et istam partem sentit praefata gloss.* (4) *dum dicit, per pactum. Ego autem teneo primam partem esse veriorem, quia verum est, quod in suo quis potest exercere artem, dummodo non immittat in alienum, de hoc est casus in terminis,* in d. § *Aristo, quem sic puto esse intelligendum, et ita fuit etiam de mente gloss.* (5). *Nec credo esse distinguendum, sicut dixi in quaestione praecedenti, de fumo et aqua, videlicet an faciat juxta solitum vel non: quia ibi loquitur de his quae pertinent ad domum pro usu hominis, quaestio vero nostra loquitur de arte, quae fieri debet in loco suo, ita quod in alienum non immittatur, per praedicta, et hoc intelligo, nisi lapicida habuisset prius in domo sua apothecam lapicidinae, et postea murus vicini vel domus ceciderit, et area tantum remansit: ita quod fragmenta lapidum, quae prius non poterant in ea cadere, tunc cadere incipiant, quia locus est praeventioni* (6), *quod de fabro et scholari dicitur per Bart. et Dd.* (7).

V. *Quaero quarto quis habet servitutem projiciendi in fundum vicini: juxta ea quae dixi in princ. an poterit stercus, vel urinam foetidam, vel alia similia projicere? Et teneo quod non* (8), *quod not. quia quotidianum.*

VI. *Quaero quinto, et ultimo, dominus superior projicit aquam in fundum vicini inferiorem, ubi de jure non potest: vel stercus aut urinam, ubi haberet servitutem: vel dominus inferior immittit vel di-*

nir proibito, se una servitù apposita non fosse costituita; epperò se io ti vendo una casa col patto che non possa esercitare la tale arte, questa convenzione ha vigore, e tu e gli eredi tuoi siete obbligati. Non vi sarà però servitù, perchè non v' ha predio dominante, come dicono Bartolo e Paolo Castrense; il quale dichiara ciò esser vero, qualora da questo patto io consegua qualche utilità, per es. perchè nella casa che mi resta, esercito la medesima arte; ed altrimenti se no, e ciò per il testo della legge *Quoties;* e quest' opinione è seguita dalla predetta glossa che dice: *per patto.* Io poi ritengo la prima parte esser la più vera, perchè è certo che ciascuno può esercitare l'arte propria nel suo fondo, purchè non immetta nell'altrui; e di ciò v'ha caso in termini nel detto § *Aristo,* il quale io stimo dover essere inteso in tal guisa, e questa eziandio fu mente della glossa. Nè credo sia da far distinzione, come nella quistione antecedente circa il fumo e l' acqua, cioè se si faccia secondo il solito, o no; conciossiachè ivi si parla di quelle cose che appartengono alla casa per uso dell'uomo; ma la nostra questione invece risguarda l' arte che si deve esercitare nel proprio luogo, in guisa che non s' immetta nell' altrui, per le cose predette, e questo intendo: se però lo scarpellino non avesse prima avuta in sua casa la bottega dell'arte, e poscia il muro o la casa del vicino fosse crollata e l' area soltanto ne fosse rimasta, così che la scaglia delle pietre, che prima non poteva in essa cadere, allora cominciasse a penetrarvi, perchè in questo caso ha luogo la prevenzione, come dicono Bartolo ed i Dottori circa il fabbro e lo scolare (*c*).

V. Dimando in quarto luogo, se quegli che ha la servitù di gettare nel fondo del vicino, giusta quanto dissi in principio, possa gettarvi sterco, orina fetente e simili immondizie? Io ritengo che nol possa: lo che è da notarsi, perchè è caso quotidiano (*d*).

VI. Dimando in quinto ed ultimo luogo se, quando il proprietario superiore getta acqua nel fondo del vicino inferiore, dove per diritto non può, o getta sterco od orina dove ha servitù; oppure il proprietario in-

(1) *Ut probatur in d. l.* 15. *de serv. in princ. ibi,* ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas, *conjuncta l. venditor, communia praed.*
(2) *Per illum text. in d. l. venditor.*
(3) *In d. l. quoties.*
(4) *In d.* § *Arist. in vers. agit. in princ.*
(5) *Ibi in vers. agit. in fin.*
(6) *L. si pluribus, de leg.* 1. *argum. ejus.*
(7) *In leg.* 1. *ff. solut. mat.*
(8) *Per text. cum gloss. not. in pen.* § *quod vi aut clam. et per text. cum gloss. in l. praetor.* § *idem ait si odore, nequid in loco publ. facit l.* 1. § 2. *de cloacis, et quod dixi in servitute praecedenti, in* 5. *quaest. vers.* 4. *casu.*

Digitized by Google

vertit fumum ad locum domini superioris, ubi non potest: an poterit conveniri actione injuriarum? Dic, si inferior dominus aedium superioris vicini fumigandi causa fumum faceret, aut superior vicinus in inferiores aedes quid aut projecerit aut injuderit causa injuriae faciendae, tenetur actione injuriarum (1), *secus si hoc non faceret causa injuriandi* (2), *quod not. Et ad materiam hujus servitutis, adde quae dicam infra de aquae projectu.*

(1) *Casus est in l. pen.* et ibi hoc tenet Angel. *ff. de injuriis.*

(*) *Fundum.* Appellatione fundi quid continetur, vide Corn. *cons.* 235. *incip. visa, in* 4. *vol.*

feriore intromette o dirige il fumo pel luogo del proprietario superiore, mentre nol può, questi e quegli possa esser convenuto coll' azione *d' ingiurie?* Rispondi: se il padrone delle case sottoposte facesse fumo per lo scopo di affumar quelle del vicino che sovrastanno, o se il vicino sovrastante lanciasse o gettasse qualche cosa entro le case inferiori onde far onta al loro proprietario, sarebbe tenuto coll' azione *d' ingiurie*; e non lo sarebbe, se nol facesse per ingiuriare; locchè dee notarsi. Alla materia di questa servitù aggiungi quello che dirò poscia circa il gettito dell' acqua (*e*).

(2) *Ut ibi.*

(*) *Fondo.* Che cosa comprenda la denominazione di fondo, vedi in Cornee, *cons.* 235, che comincia *visa, vol.* 4.

ANNOTAZIONI AL CAPO XXXI.

(*a*) Nel Repertorio del Merlin articolo *servitù* leggo quanto appresso.

Secondo il diritto romano la servitù *projiciendi* consisteva nello sporgere in fuori una parte di un edifizio sulla casa vicina senza però poggiarvela. I nostri balconi e corte loggie ponno dare una idea di questa servitù ecc.

E nel Manuale del diritto romano del Mackeldey § 289 trovo definita così la servitù *projiciendi.*

Essa è il diritto di costruire una fabbrica, p. e. un verone, un poggiuolo, una galleria sporgente dalla nostra casa nello spazio d'aria del vicino.

Non diversamente la trovai definita nelle altre opere del diritto romano che ho potuto consultare.

Pel n. 4 del § 475 del Codice austriaco essa consisterebbe nel diritto di fabbricare un verone che sporga in fuori nello spazio d' aria del vicino.

Non mi pare dal complesso del presente Capo che il Cipolla parlar voglia veramente di questa servitù.

Parmi invece che sotto il titolo di servitù *projiciendi* parlar voglia della servitù di gittare o di versare acqua da una casa nella casa o sul terreno del vicino.

Forse questa servitù chiamarsi potrebbe una servitù *aquae immittendae.*

L' annotazione n. 4 al § 240 del trattato del Pardessus da me altrove citato chiama servitù *aquae immittendae* secondo il diritto romano l' obbligo che uno può avere di ricevere sul suo suolo, sulla sua corte od anche sul suo tetto l'acqua che il vicino vi gitti dalle proprie finestre.

In ogni caso potrebbe dirsi che la servitù, della quale in questo capo parla l'autore, fosse compresa fra quelle che il n. 7 del § 475 del Codice austriaco chiama di versare o di far passare le cose fluide sul fondo vicino.

Dico compresa perchè per cose fluide ponno intendersi anche altre materie oltre l' acqua.

Comunque ciò sia, questa servitù, come discontinua e non apparente, dovrebbe per l' art. 691 del Codice Napoleone essere acquistata mediante titoli.

E secondo il Codice austriaco può essere acquistata come ho detto nell' annotazione *b* del Capo XXX, alla quale del resto mi riporto.

Senza essere acquistata non potrebbe aver luogo.

(*b*) In forza al diritto di disporre assolutamente, liberamente della cosa sua, il proprietario del piano superiore di una casa può pel § 354 del Codice austriaco ed anche

Digitized by Google

per l'art. 544 del Codice Napoleone versare pel proprio vantaggio, comodo, piacere acqua sul suo pavimento.

Ma in forza al diritto di escludere ogni altro dalla cosa sua, il proprietario del piano inferiore può esigere che l'acqua versata sul pavimento del piano superiore non penetri nel suddetto suo piano inferiore, quando non vi abbia l'assoggettamento di esso a quell'incomodo ed a quel danno, assoggettamento nè ordinario nè facilmente immaginabile.

Qui dunque ognuno dei due proprietarii ha il suo proprio diritto che l'altro dee rispettare.

Il proprietario del piano superiore può a suo grado esercitare il suo diritto di proprietà.

Ma secondo il § 364 del Codice austriaco, in tanto in quanto non leda il diritto del proprietario del piano inferiore.

Da ciò, come ho detto, ne viene che il proprietario del piano superiore può bensì versare acqua sul proprio pavimento, ma non in modo da ledere il diritto del proprietario del piano inferiore di non ricevere in questo quell'acqua.

E se il primo la versa in modo da farnela penetrare obbligando così il secondo a riceverla, non può, a mio parere, dirsi ch'esercita il proprio diritto nei giusti limiti sicchè non debba essere secondo il § 1305 risponsabile.

Non lo esercita nei giusti limiti, quando faccia che l'acqua che ha versato sul proprio pavimento invada la proprietà altrui che dee rispettare.

Non potrebbe farvela penetrare a pretesto di una servitù attiva, perchè nel caso concreto suppongo ciò ch'è più ovvio e più naturale, suppongo cioè che non vi abbia assoggettamento del piano inferiore al danno ed all'incomodo di ricevere l'acqua che penetri dal superiore.

Non potrebbe nemmeno farvela penetrare appoggiandosi all'art. 54 della legge italiana 20 aprile 1804 sulle acque.

In primo luogo quell'articolo parla delle acque che scolano dai terreni superiori sugl'inferiori e non dalle case superiori sulle inferiori.

In secondo luogo parla di acque scolanti naturalmente e senza concorso dell'opera dell'uomo, come viene spiegato dall'art. 640 del Codice Napoleone.

Nel caso concreto invece l'acqua penetrerebbe nel piano inferiore per opera diretta od almeno indiretta dell'uomo.

Il proprietario del piano superiore dovrà perciò, per tutto quello che ho detto fin qui, costruire, adattare, riparare il proprio pavimento in guisa che l'acqua che versa su esso penetrare non possa nel piano inferiore.

Ma se penetrasse per solo difetto dei soffitti del piano inferiore, il proprietario di questi dovrebbe disporli in modo da impedire che vi discenda.

E se il proprietario del piano superiore nel presupposto caso non può per proprio vantaggio, comodo, piacere versare acqua sul suo pavimento in guisa da farla penetrare nel piano inferiore, tanto meno può farlo per arrecare ingiuria o danno al proprietario di questo.

(*c*) Tutto ciò in pieno dirsi dovrebbe anche nel caso dello scarpellino.

Ei può tagliare pietre nella sua casa, bottega od area.

Ma dee fare in guisa che le scaglie slanciate non cadano sul fondo altrui.

Ma se vi cadessero per essere crollato il muro fra mezzo a quelle due proprietà, il muro essere dovrebbe ristabilito a spese dello scarpellino se suo, del vicino se di questo, od a spese comuni se comune onde impedire che le scaglie da un luogo penetrino nell'altro.

Ripeto poi quello che ho detto nell'annotazione *a* del Capo XII.

Se nel nostro regno vendessi altrui una casa col patto che il compratore non dovesse esercitare in essa talun'arte, vi potrebbe bensì essere in tal patto obbligo anche reale, ma non vi sarebbe di servitù prediale.

Non vi sarebbe nemmeno se risultasse avere quel patto lo scopo di non togliere vantaggi ad altra arte da me esercitata in una diversa mia casa.

Sostengo questa opinione anche malgrado a ciò che in contrario ponno aver detto i motivi della sentenza di prima instanza confermata in Appello e riportata ai numeri 184-187 dell'*Eco dei Tribunali*, Sezione II anno 1854.

Digitized by Google

In fatti che cosa è l'esercizio di un'arte?

È un diritto.

Pel § 298 del Codice austriaco i diritti sono cose mobili quando non sieno congiunti col possesso di una cosa immobile e se non sieno dichiarati immobili dalla costituzione della provincia.

Secondo me, diritti congiunti col possesso di un immobile sono quelli che ne sono pertinenze che ne formano parte integrante, inseparabile in guisa, che a quegli che ha il possesso di quell' immobile deggiono per conseguenza di quel possesso necessariamente, esclusivamente spettare.

Tali potrebbero essere p. e. i diritti di caccia, di pesca annessi al possesso di un bosco, di uno stagno e spettanti al possessore di quest' immobili.

Ma se possegro una casa nella quale esercito un' arte, quest' arte non è pertinenza, parte integrante, inseparabile di quella casa in guisa che dal possesso di essa casa me ne derivi inevitabilmente, esclusivamente il diritto di esercitarla.

Questo diritto presso noi mi deriva non da quel possesso, ma da altre del tutto diverse condizioni.

Ma se dal possesso di quella casa non mi deriva necessariamente, esclusivamente il diritto di esercitare quell'arte, l' arte stessa non è veramente congiunta al suddetto possesso.

E se il diritto di esercitarla non è così congiunto al possesso della mia casa, il diritto stesso non è cosa immobile.

Dunque è cosa mobile.

Non trovo poi nessuna costituzione nelle provincie lombardo-venete che dichiari le arti ed i mestieri, immobili e non mobili.

Ora se le arti sono presso noi cose mobili e non immobili, ne viene che se vendo una casa col patto che in essa non venga dal compratore esercitata una data arte per non togliermi i vantaggi che ritraggo da altra arte che esercito in una diversa mia casa, non havvi in tal patto nessun servigio di un immobile a vantaggio di altro immobile; quindi non havvi servitù prediale.

Spargerà luce maggiore su tale quistione il confronto colle leggi che credo ancora per le arti e pei mestieri in vigore in quasi tutte le antiche provincie della Monarchia.

Vi hanno pegli aulici Decreti del 20 gennaio 1795 n. 219 e 7 gennaio 1825 n. 2063 della raccolta generale delle leggi giudiziarie in quelle provincie arti e mestieri così detti *radicati*.

Diconsi *radicati* perchè sono inerenti, attaccati ad una casa in modo da formare parte vera di essa e del suo valore.

Formano con essa un solo immobile.

Compariscono nei pubblici libri presupposti esistenti dal Codice austriaco come pertinenze di essa.

Essendo ivi cose immobili può benissimo darsi che una di quelle arti e mestieri *radicati* sia soggetta a servitù verso altra arte o mestiere pure *radicato*.

In tal caso havvi servigio di una cosa immobile a vantaggio di altra cosa immobile; quindi servitù prediale.

Quelle arti e mestieri *radicati* su una casa, dove esistono, mi danno la idea del diritto ad un'arte o mestiere congiunto col possesso di una cosa immobile, diritto che pel § 298 del Codice civile è così anch' esso cosa immobile.

Nel nostro regno, di quelle arti e mestieri non ne esistono.

Non posso dunque considerarli se non disgiunti dal possesso degl' immobili.

Deggio considerare il diritto di esercitarli non come cosa immobile ma come cosa mobile e quindi non suscettibile di servitù prediali.

Ma il suddetto patto che taluno nella casa che gli ho venduto non eserciti un'arte

Digitized by Google

Quel patto, se per impossibile portasse una servitù, la porterebbe negativa.

Dunque non porterebbe una servitù personale.

Finalmente pel § 478 del Codice austriaco le servitù personali consistono nell' avere i diritti di usufrutto, di uso di una cosa e di abitazione in una casa.

Fra quale di queste servitù vorrebbesi annoverare il suddetto patto?

(*d*) Credo anch' io, che nella servitù di gittare sul fondo del vicino acqua, non sia compresa quella di gettarvi le immondizie delle quali parla l' autore.

(*e*) Se taluno esercitando il suo diritto di versar acqua sul pavimento del piano superiore della sua casa la versasse in modo da farla penetrare nel mio piano inferiore, non lo eserciterebbe, come ho già detto, nei giusti limiti.

Se così mi arrecasse un danno o per colpa o per negligenza o per imprudenza sarebbe soggetto all' azione civile per danni secondo l' art. 1382 e seguenti del Codice Napoleone.

Lo sarebbe anche pel § 1305 del Codice austriaco che rende risponsabile del danno recato ad altri chi non esercita il proprio diritto entro i giusti limiti.

E potrebb' esserlo pel § 1318 anche senza riguardo a colpa.

Esso in fatti assolutamente stabilisce che se per essere gittata o versata qualche cosa fuori da un'abitazione, venga arrecato danno ad alcuno, ne sia responsabile quegli dall' abitazione del quale è stata gittata o versata.

Tutt' i commentatori di questo § osservano poi essere indifferente che la cosa sia stata gittata o versata, o nell' interno di un' abitazione o fuori, e che abbia danneggiato la sostanza o la persona.

Se poi il danno fosse stato arrecato maliziosamente con prava intenzione parmi che oltre all' azione civile per danni vi debba essere anche l' azione penale, almeno pei §§ 86 lettere *a*, *b* e 468 del Codice penale del 1852.

Digitized by Google

CAPUT XXXII.

DE SERVITUTE PROTEGENDI.

I. *Protegere quid sit, et quid protectum.* — II. *Domum supra solum vicini habens, an super ipsum solum quicquam aedificare possit, licet in solo non requiescat.* — III. *Protectum an super solum commune facere liceat.* — IV. *Protectum, quod supra solum meum exstrit, cujus sit.* — V. *Protectum an aliquis tenere possit, puta horticellum supra eum locum, quo vulgo iter fieret, vel in quo consisteret.*

Haec servitus protegendi licet regulariter sit urbana (1), *quia protectum consuevit fieri magis in fundo urbano, quam rustico, tamen potest esse servitus rustica, quando fieret causa rustici fundi: ut si forte feci protectum in agro vicini, ut ibi recipiantur coloni mei* (2).

I. *Circa hanc servitutem quaero primo, quid sit protegere, seu protectum, et in quo differat ab immisso. Protectum est id, quod ita provehitur, ut nusquam requiescat: qualia sunt moeniana et subgrunda. Idem etiam projectum dicitur, et differt ab immisso, quia immissum est, quod ita fieret, ut aliquo loco requiescere, veluti si tigna trabesque immitterentur, ut est text.* in l. malum, § inter projectum, ff. de verb. sign. (3), *et de istis protectis ponitur etiam in* 2. *par. rub. ff.* de damn. infect., *ibi dum dicit, de subgrundis et protectis.*

II. *Secundo quaero an habens domum supra solum vicini, possit supra ipsum so-*

CAPO XXXII.

DELLA SERVITÙ DI SPORTARE.

I. Che sia sportare e che lo sporto. — II. Se chi ha la casa sopra il fondo del vicino possa sovr' esso fabbricare alcuna cosa, benchè non poggi nel suolo. — III. Se sia lecito fare lo sporto sopra il suolo comune. — IV. Di chi sia lo sporto che sta sovra il mio suolo. — V. Se alcuno possa tenere lo sporto, verbigrazia, un giardinetto pensile, sopra quel luogo pel quale il popolo passa o nel quale si ferma.

Questa servitù di sportare, benchè di regola sia urbana, perchè lo sporto si suol fare piuttosto nel fondo urbano che nel rustico, nondimeno può essere servitù rustica, qualor si facesse a cagione d'un rustico fondo, come s' io per avventura costruissi uno sporto sul campo del vicino, ond' ivi si ricovrassero i miei coloni.

I. Intorno a questa servitù, io chieggo primamente che cosa sia sportare, o lo sporto; ed in che differisca dallo immesso. *Sporto* è ciò che sporge all'infuori, così che non poggi in alcun luogo, come i poggiuoli e le gronde. Parimente dicesi *sporto* e differisce dallo *immesso*, perchè l'*immesso* è ciò che poggia in qualche luogo, come le travi e i panconi assicurati nell'altrui muro, secondo il testo della legge *malum* § *inter projectum, ff. de verbor. sign.*, e di questi sporti tratta eziandio la legge 2 ff. *De damn. infect.*, là dove parla delle gronde e degli sporti.

II. In secondo luogo dimando se chi ha la casa sovrastante al suolo del vicino, pos-

Digitized by Google

lum quicquam aedificare licet in solo non requiescat: exemplum, si vult facere profilum amplum, residens totaliter in aedificio protegentis: dic quod non, nisi servitus imposita sit (1), *et est ratio, quia solum debet esse liberum usque ad coelum* (2), *circa quod vide etiam quod dicam infra de stillicidio, sive tecto, et de ponticello, et vide quae dixi supra* de servitut. stillicidii maxime in 9 quaest. in fin. *et in servitute tigni immittendi* (3).

III. *Tertio quaero, an liceat protectum facere supra solum commune et dicas breviter, quod non,* l. si duo, § Labeo. ff. uti poss. *ubi hoc not. Barthol. qui dicit, quod non licet facere profilum seu ponticellum supra plateam communem inter plures consortes* (4).

IV. *Quarto quaero, cujus sit protectum, quod est supra solum meum? et videtur quod sit meum* (5), *quia omnia solo meo usque ad coelum debent esse libera* (6). *In contrarium videtur, quod sit illius, in cujus muro vel loco sit fixum* (7). *Tu dicas breviter: aut protectum est super meo, et non requiescit in alieno jure servitutis mihi debitae, et tunc non est meum, sed ejus in cujus loco requiescit* (8). *Aut est super meo, et in alieno requiescit, puta in aedibus alienis jure servitutis mihi debitae, et tunc est meum* (9). *Posset tamen clarius hoc dici: aut protectum est aedificatum per me, cujus est solum; aut per alium. Si est aedificatum per me, et tunc procedunt praedicta. Si per alium, puta quis aedificat subgrundam in suo muro protendentem super solum meum, et tunc si hoc fecit debita sibi servitute, et illud protectum dicitur esse suum aedificantis, et non poterit per me, neque per judicem removeri* (10). *Aut hoc fecit circa debitam servitutem: et tunc teneo, quod protectum sit aedificantis: et non meum* (11); *et non possum propria authoritate destruere, sed judicis authoritate sic* (12).

(1) *Text. in l. 2. in fin. in ver. protegendi, et ibi hoc not. Any. de servit. urban. praed.*

(2) *Ut est text. in l. fin. in princip. de servit. et habetur in l. altius, C. de servitut.*

(3) *In 6. quaestion. vers. casu in fin.*

(4) *Et dixi supra in servitute praecedenti, in 6. quaestion. et adde not. per Balduin. in l. item lapilli, ff. de rerum divis.*

(5) *Per d. l. fin. in fin. in princip. de servitut. titul. generali.*

(6) *Ut ibi, et not. in d. l. altius, praell.*

sa sopra questo fabbricare alcunchè, sebbene nello stesso suolo non poggi; per es.: se volessi fare un ampio profilo che interamente sportasse sull' altrui edificio. Rispondi che no, se non è imposta servitù; e la ragione si è, perchè il suolo deve esser libero sino al cielo; intorno al quale argomento vedi eziandio quello che dirò poscia ne' capi dello *stillicidio o tetto* e del *poggiuolo*, e quanto dissi più sopra circa la servitù dello *stillicidio*, massimamente nella 9.a questione in fine, ed in quella d' *immettere il trave* (*a*).

III. In terzo luogo dimando se sia lecito fare uno sporto sopra il suolo comune? Rispondi che no, in virtù della legge *si duo* § *Labeo ff. Uti possid.*, sulla quale dice Bartolo che non è permesso fare un profilo o poggiuolo sulla piazza comune fra più consorti (*b*).

IV. In quarto luogo dimando di chi sia lo sporto che sovrasta al mio suolo? E sembra che sia mio, perchè nel mio suolo tutto dev' esser libero sino al cielo. All'opposto sembra che sia di quello nel cui muro o luogo è infisso. Tu risolverai brevemente, dicendo: o lo sporto è sul mio e non poggia sull'altrui, per diritto di servitù dovutami, ed allora non è mio, ma di quello nel cui luogo si poggia; od è sopra il mio e poggia nell'altrui, per esempio, nelle case di altri, per diritto di servitù a me dovuta, ed allora è mio. Nondimeno si potrebbe con maggior chiarezza dir così: o lo sporto è fabbricato da me cui appartiene il suolo, o da un altro. Se da me, ed allora valgono le predette cose. Se da un altro, verbigrazia, se alcuno costruisce nel suo muro una gronda che si protende sopra il mio suolo, ed allora se ciò fece per servitù dovutagli, lo sporto dicesi esser proprietà di chi lo ha fabbricato, e non potrà esser rimosso nè da me, nè dal giudice. Se poi ciò fece circa una servitù dovuto, in tal caso ritengo che lo sporto sia del costruttore e non già mio, e ch' io non possa distruggerlo di propria autorità, ma bensì con quella del giudice (*c*).

(7) *L. quemadmod. § 1. in princ. ad L. Aquil.*

(8) *Et ita loquitur d. § 1. in princ.*

(9) *Ut est casus not. in l. quod conalave, et ibi hoc not. Barthol. et Angel. et Dd. de damn. infect.*

(10) *L. quemadmod. § si protectum praeall.* ibi, nullo jure a contrario sensu.

(11) *Casus est in d. § si protectum,* ibi, protectum meum, conjuncto ibi, nullo jure.

(12) *Ut est text. in d. § si protectum, in princ. et adde quae dixi supra de servitute tigni immitti-*

Digitized by Google

V. *Quinto, et ultimo, an aliquis possit tenere protectum, puta horticellum supra eum locum, quo vulgo iter fieret, vel in quo consisteretur? Et dic, quod si id protectum de facili potest cadere, et nocere, et tunc non licet* (1), *imo poterit puniri* (2), *sed si de facili non potest nocere, et tunc secus, et ideo si et horticellus, vel aliquid aliud supra viam publicam sic firmiter positum, quod non de facili verisimiliter sit aptum nocere, ut contingit habentibus viridaria murata ad suas fenestras, vel etiam cum lignis ita firmiter affixa, quod non sit verisimile, ea de facili cadere posse, tunc non tenetur: quia contra sic habentes non datur actio in factum de isto edicto,* de his qui deje. vel effu. (3). *Circa hoc tamen communiter provisum est per statuta locorum* (*), *quibus standum est* (4) *alias juri* (5). *Et de hoc vide quod dicam infra de horto et horticello.*

V. In quinto ed ultimo luogo, dimando, se alcuno possa tenere uno sporto, verbigrazia un pensile orticello, sopra quel luogo pel quale il popolo passa, o nel quale si ferma? Rispondi, che se lo sporto può facilmente cadere e nuocere altrui, allora non gli sarà permesso, anzi potrà esser punito; ma se non può nuocere così facilmente, in tal caso il potrà tenere; e però se fosse un giardinetto, o alcunchè altro sporgente sulla pubblica strada, così fermamente attaccato che nè facilmente, nè verisimilmente potesse nuocere (come avviene di que' giardinetti murati che sporgono dalle finestre di alcuni, i quali in modo così saldo sono infissi con travi che non è verisimile che cader possano) ed allora non sarà tenuto; perchè contro a quelli che hanno tali giardinetti non è data l'azione in fatto dell'editto pretorio *De his qui effud. vel deic.* A questi casi nondimeno provvedono di consueto gli statuti locali, i quali deonsi osservare; e se mancano, provvede il diritto. Intorno a ciò vedi quanto dirò in seguito nel capo dell'orto e dell'orticello (*d*).

tendi; in 7. quaestion. vers. 2. casu principali, et quae dicam infra de claustro sive conclavi.

(1) *Ut est text. in l. si vero, § praetor ait el. 1. et ibi gloss. in vers. possunt, de his qui deject. vel effud. et § praetor ait el. 2. in versic. nocere.*

(2) *Ut ibi dicitur.*

(3) *Et ita not. Flor. in d. § praetor ait l. si vero, de his qui deje. vel effu.*

(4) *L. omnes populi de injustit. et jure.*

(5) *Ut supra dixi.*

(*) *Statuta.* Statutum quis potest facere? Respond. quod ille qui potest facere legem, de quo vide Bald. (1) quod quantum quis habet de jurisdictione, tantum habet de authoritate concedendi legem vel statutum: nec ultra extenditur, nisi hi quorum interest consentiant, vel ad minus sint praesentes (2).

(*) *Statuto.* Chi può fare lo statuto? Rispondi: quegli che può fare la legge; intorno il qual punto vedi Baldo, il qual dice che quanta giurisdizione alcuno possede, altrettanto ha potere di conceder legge e statuto; nè più oltre s'estende, a meno che noi consentano gl' interessati, od almeno sieno presenti.

(1) *In l. omnes populi ff. de justitia et jure.*

(2) Secundum Innoc. *in c. 1. de loco et in c. a nobis el. 1. de sentent. excommun. allegat c. final. de his quae fin. a prael.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XXXII.

(*a*) Leggo nel Merlin articolo sulle *servitù* che pel diritto romano la servitù *protegendi* differiva di poco dalla servitù *projiciendi*.

La prima consisteva nel far isporgere in fuori una parte del proprio tetto sulla casa vicina.

E leggo nel Mackeldey § 289 che la servitù *protegendi* era soltanto una specie della *projiciendi*.

In che veramente consistesse quest' ultima l' ho detto nell' annotazione *a* del Capo XXXI.

E la differenza fra *projectum* (ed anche fra *protectum*) ed *immissum* la ho spiegata

Digitized by Google

Anche questa servitù *protegendi* come quella *projiciendi* perchè possa essere esercitata dee essere acquistata.

Tanto per l'art. 552 del Codice Napoleone, quanto pel § 297 del Codice austriaco il raggio d'aria ch'è perpendicolare al mio fondo è mio.

Nessuno perciò può far isporgere in esso qualche cosa senza averne acquistato il diritto ossia la servitù attiva di farvela sporgere.

Vale a dire qualche cosa immobile, perchè parlo di servitù prediali.

Quella servitù di far isporgere, come servitù continua ed apparente, perchè possa aver luogo dee essere stata acquistata come ho detto nell' annotazione *b* del Capo XXX.

(*b*) Nessuno senza il mio assenso può far sporgere in fuori una sua costruzione al di sopra del suolo nello spazio o raggio d'aria che ci sia comune.

Nol può, perchè secondo i principii della comproprietà un consorte non può da sè solo disporre della cosa comune.

Nol può, perchè come ho detto nell' annotazione *f* del Capo XIV un consorte non può da sè solo imporre servitù prediali esercibili come la presente all' istante sulla cosa comune.

(*c*) Se un tetto od un verone sporgente al di sopra del mio suolo nel mio spazio o raggio d'aria vi fu fatto sporgere da altri che ha acquistato la relativa servitù attiva, quella costruzione è sua proprietà.

Se lo ha fatto sporgere senza averne acquistato quella servitù, noto prima di tutto trattarsi di costruzione, di edifizio nel senso lato della parola.

Mi sembrano dunque specialmente applicabili i §§ 418, 419 del Codice austriaco.

Lo sono o assolutamente perchè trattasi di una costruzione, ovvero per analogia secondo il § 7 del suddetto Codice, perchè trattasi sempre di costruzione colla sola differenza che invece di essere essa piantata sul mio fondo (suolo) e di essere ad esso aderente è fatta sporgere in fuori al di sopra di quel fondo nel mio spazio o raggio d'aria.

Ciò notato, fa d'uopo in questo caso pel Codice austriaco distinguere:

1.° O la costruzione ebbe luogo senza mia saputa ed assenso, anche quando non avessi saputo essere mio il fondo sottoposto e quindi lo spazio o raggio d'aria soprastante, ed allora essa è mia per diritto di accessione.

L'edificatore in buona fede può esigere da me il risarcimento delle spese necessarie ed utili.

L'edificatore in mala fede è equiparato a chi senza mandato amministra le cose altrui.

2.° O la costruzione ebbe luogo me consapevole, locchè però non sarebbe quando avessi ignorato essere mio il fondo sottoposto ed il soprastante spazio o raggio d'aria, e non la ho tosto interdetta a chi fabbricava in buona fede, ed allora non posso esigere altro che il prezzo comune dell' occupatomi spazio o raggio d'aria.

Il tetto o verone rimane per conseguenza proprietà dell' edificatore.

Qui havvi eccezione alla nota regola dell' accessione *quidquid solo inaedificatur solo caedit*, che nel caso concreto si risolve nella regola, che ciò ch'è costruito nel mio spazio d'aria è mio.

Qui può dirsi esservi eccezione anche all' altra regola che il semplice possessore anche di buona fede dee cedere a fronte del vero proprietario, regola dalla quale deriva la conseguenza, che la costruzione che occupa il mio raggio o spazio d'aria è mia.

Qui rimanendo la costruzione proprietà dell' edificatore, fa d'uopo conchiudere che egli pei soli fatti di aver fabbricato in buona fede, e di non avergli io consapevole tosto interdetto la fabbrica, acquisti la servitù attiva di far sporgere nel mio spazio o raggio d'aria quella costruzione.

La acquista così pel mio presunto tacito consenso, per una specie di contratto tacito, sebbene per quel che ho detto nell' annotazione *b* del Capo XXIX possa sostenersi che il fondamento legale dell' acquisizione delle servitù prediali, debba anche presso noi, fuori del caso della usucapione, consistere pei §§ 434, 445, 1468 del Codice austriaco in un documento od atto scritto.

3.° O finalmente con mia saputa e senza interdizione immediata da parte mia il tetto od il verone furono fabbricati da edificatore in mala fede, ed allora siamo tutti e due in mala fede.

Digitized by Google

Egli coll' avere edificato, io coll'aver saputo ch' edificava e col non avergliele tosto interdetto, coll'averlo quindi tacitamente assentito.

Per la sua mala fede egli non può pretendere che la costruzione rimanga sua proprietà.

Per la mia mala fede io non posso pretendere ch' egli abbia edificato gratuitamente per me.

Coll'avergli tacitamente accordato di edificare, l'ho fatto mio tacito mandatario.

Come a mandatario debbo abbuonargli, secondo il § 1014 del Codice austriaco, le spese tutte necessarie od utili per la costruzione.

A un dipresso tutto ciò sembrami applicabile anche al caso in cui taluno senza averne acquistato il diritto o per documenti scritti e colla tradizione, ovvero per usucapione, avesse immesso una trave od un travicello nel mio muro.

Vengo ora al Codice Napoleone.

L' art. 555 di esso ha le seguenti disposizioni applicabili al caso concreto.

Se altri ha costruito un tetto od un verone ecc. nel mio spazio o raggio d' aria, ovvero ha immesso una trave nel mio muro, naturalmente senza averne acquistato la servitù, io ho il diritto o di ritenere quegli oggetti come cosa mia, come accessione della cosa mia, o di non ritenerli come cosa mia e di obbligare l'autore della costruzione o della immissione a levarli.

Se preferisco di farli levare, ciò esser dee eseguito a tutte spese di esso, senza indennizzazione a suo favore.

Inoltre ove siavi luogo, può essere condannato a risarcirmi dei danni e degl'interessi pel pregiudizio che avessi sofferto.

Se preferisco di ritenerli come accessione della cosa mia, deggio rimborsargli il valore dei materiali ed il prezzo della mano d' opera, non avuto riguardo al maggiore o minore aumento di valore che la cosa mia avesse potuto ottenere.

Col confronto di ciò che dirò in appresso si vede che qui l' art. 555 parla dell' edificatore o dell' immittente in mala fede.

Ma se egli fosse in buona fede non posso contro di lui domandare che il tetto, il verone, la trave vengano levati.

Deggio ritenerli come cosa mia per accessione.

Ho la scelta soltanto o di rimborsargli il valore dei materiali e del prezzo della mano d'opera, o di pagargli una somma eguale a quella che corrisponde all' aumento di valore da esso arrecato al mio spazio o raggio d'aria, al mio muro.

Qui regge dunque sempre il principio che ciò che da altri fu, senza averne diritto, costruito od immesso nella cosa mia, è mio per accessione.

Contro chi operò in mala fede è mio, ove io lo voglia.

Ma posso non volerlo, posso cioè rinunciare al mio diritto di accessione facendo invece che l' edificatore, l' immittente levi il costruito o l' immesso.

Contro chi operò in buona fede è mio per accessione, lo voglia io o nol voglia.

E qui notar deggio che l' edificatore, l' immittente di mala fede può trovarsi a condizione migliore di quello di buona fede.

Infatti a quello di mala fede se preferisco conservarmi ciò ch' egli ha costruito od immesso, ho l' obbligo di pagare il valore dei materiali e del prezzo della mano d'opera, non avuto riguardo al maggiore o minore aumento di valore arrecato alla cosa mia colla costruzione o colla immissione.

Digitized by Google

pera su anco superiore all' aumento di valore arrecato alla cosa mia colla costruzione o colla immissione, e quindi il più quando quell' aumento di valore o non esistesse o consistesse in meno.

Ecco dunque come l' edificatore o l' immittente in mala fede può trovarsi a condizione migliore di quello di buona fede.

(*d*) Ove e fino a che non ostino pubblici riguardi di sicurezza, di ornato ecc. io posso benissimo, col permesso dell'autorità politico-amministrativa, far sorgere qualche mia costruzione anche nel sito o sopra il sito ove passa, si ferma, radunasi il pubblico, come su una piazza, su una contrada pubblica e simili.

Se ho costruito senza quel permesso posso essere obbligato da quell' autorità in via amministrativa a disfare il già fatto.

E non obbedendo posso andar soggetto a vedermelo disfare d' uffizio pure in via amministrativa a mie spese.

E per ottenere il rimborso di queste spese della esecuzione d' uffizio la suddetta autorità può farmi colpire cogli atti esecutivi pure in via amministrativa, vale a dire colla così detta esecuzione privilegiata fiscale.

Sulla moderazione poi colla quale essere deggiono applicate specialmente le leggi sull' ornato, sulla esecuzione d' ufficio, e sugli atti della privilegiata escussione fiscale, veggansi le disposizioni delle quali ho parlato nelle annotazioni *e* del Capo XXVII e *g* del Capo XXX.

Digitized by Google

CAPUT XXXIII.

NE PROSPECTUI OFFICIATUR.

I. *Servitus, ne prospectui officiatur, duobus modis capi potest, scilicet in genere, et specie.* — II. *Servitus ne prospectui officiatur in quo differat a servitute, ne luminibus officiatur.* — III. *Sufficit etiam quod ille cui servitus debetur luminum, coelum videre possit.*

Tres sunt servitutes, quae licet in multis conveniant, et eaedem esse videantur, tamen inter se differunt: ut est servitus ne prospectui officiatur: servitus luminis, id est, ne luminibus officiatur, et servitus ut prospectus praestetur (1). *De singulis videamus.*

I. *Et primo de servitute ne prospectui officiatur. Duobus modis capitur haec servitus: uno, in genere: alio, in specie. Si quis debet mihi servitutem, ne prospectui domus officiatur, non habito respectu ad certum locum, non solum tenetur praestare prospectum ex parte superiori, puta coeli, ut coelum videri possit, sed etiam ex parte inferiori, puta terrae, non impediendo prospectum ad inferiora, vel de*

CAPO XXXIII.

DELLA SERVITÙ DI NON TORRE IL PROSPETTO.

I. La servitù di non torre il prospetto si può considerare in due modi, cioè in genere ed in ispecie. — II. In che differisca la servitù di non torre il prospetto da quella di non togliere la luce. — III. Basta eziandio che quegli cui spetta la servitù della luce possa vedere il cielo.

Tre sono le servitù, che sebbene in molte parti concordino e sembrino eguali, nondimeno tra loro differiscono, cioè la servitù di non torre il prospetto, la servitù della luce, ovvero di non torre la luce, e la servitù di dare il prospetto. Trattiamo di ciascuna di esse.

I. E primieramente della servitù di non torre il prospetto. In due modi questa servitù si riguarda: nel genere, e nella specie. Se alcuno mi deve la servitù di non torre il prospetto, senza riguardo ad un sito determinato, non solamente è obbligato a darmi il prospetto dall' alto, per esempio dal cielo, affinche io possa vederlo, ma eziandio dal basso, verbigrazia, dalla terra, col non impedire il prospetto al di sotto e da tenta-

Digitized by Google

refulgens, nec solis, nec dictarum amoenitatum aspectus seu visio minui potest (1).

II. *Et hic servitus prospectus in genere plus continet, quam servitus ne luminibus officiatur : quia nedum continet prospectum ex loco superiori, ut coelum videri possit* (2), *sed etiam ex loco inferiori, puta per fenestras,* ut probatur in d. l. lumen ibi, *etiam ex inferioribus locis quae dictio, Etiam, implicat. q. d. non solum ex superioribus, scilicet coeli* (3), *et quia etiam continet aspectum gratiorem, et liberum, sicut erat tempore servitutis impositae,* ut l. inter servitutes in princ., *sed servitus luminum, aut ne luminibus officiatur, solum continet ut aspectus sit uniformitèr gratus, puta ut viridaria, vel alia loca videri possint* (4), *et hoc est, quod voluit dicere text.* in d. l. inter servitutes in princ. *ibi quoniam in prospectibus quis plus habet : quia debet intelligi secundum gloss. et Dd. ibi, de prospectu in genere, non autem in specie. Si autem servitus, ne prospectui officiatur, alio modo debetur in specie tantum : puta si quis mihi promisit servitutem, ne officiatur prospectui certae fenestrae domus meae : et tunc aut illa fenestra tempore servitutis impositae habeat aspectum ex parte superiori, et etiam ex latere, quia ex ea coelum videri poterat, et etiam alia loca prospiciebantur, et tunc idem est, sicut quando esset in genere haec servitus constituta, ut supra dixi, cum sit eadem ratio, quoniam servitus prospectus etiam continet, ut coelum videatur, si videri potest* (5), *etiam ex inferioribus. Aut illa fenestra non habeat conspectum coeli ex superiori : quoniam ex ea coelum videri non poterat, nec etiam ex inferioribus alia loca amoena vel de longinquo videbantur, sive desuper, sive ex latere prospiceret, puta quia erat fenestra penoris, sive capannae subterraneae, vel simil. Et tunc hujusmodi servitute non continetur ut coelum videri possit, nec ut liberum aut gratiorem conspectum habeat, sed solum ut ex illa fenestra aspectum extra habeat, vel supra, vel infra, eomodo quo erat tempore servitutis* (6), *et hoc casu plus continet servitus, ne luminibus officiatur : quia ex eadem coelum videri de-*

(1) *D. l. inter servitutes in princ.*
(2) *Ut dixi.*
(3) *Ut l. etiam C. si tutor vel curat. interv.*
(4) *Ut probatur in d. l. inter servitutes, et in d. l. lumen.*

possa diminuire l' aspetto o la veduta del sole e delle dette amenità.

II. E qui la servitù di prospetto in genere contiene più della servitù di non torre la luce; perchè non solo comprende il prospetto da luogo più alto, affinchè si possa vedere il cielo, ma eziandio quello da luogo basso, p. e., mediante le finestre, com'è provato dalla leg. *lumen ff. De serv. urb. praed.*, nella quale è detto *anche da' luoghi bassi;* la qual dizione contiene l'altra : *non solo dagli alti,* cioè dal cielo; e perchè ancora comprende la veduta gradevole e libera, qual era al tempo dell' imposta servitù. Ma la servitù della luce, o di non torre la luce, comprende soltanto che l'aspetto sia uniformemente grato, come per esempio, che si possano vedere i giardini ed altri luoghi, e ciò è quanto dir volle il testo nella legge *inter servit. ff. De serv. urb. praed.*, colle parole *perchè ne' prospetti s'ha qualche cosa di più;* e deve esser inteso secondo la glossa ed i Dottori riguardo al prospetto in genere, non già in ispecie. Se poi la servitù di non torre il prospetto è invece dovuta in ispecie soltanto, per esempio, se alcuno mi promise la servitù di non torre il prospetto ad una determinata finestra della mia casa, ed allora : o quella finestra al tempo della costituzione della servitù aveva il prospetto dalla parte di sopra ed eziandio dai lati, perchè da essa poteasi mirar lo cielo ed altri luoghi ancora, ed in questo caso avviene lo stesso, come se tale servitù fosse costituita in genere, come dissi precedentemente, avvegnachè militi la stessa ragione; perchè la servitù di prospetto comprende anche la veduta del cielo, se mai scorger si possa, eziandio dalle parti inferiori. O quella finestra non godeva dell'aspetto del cielo dalla parte di sopra, perchè da essa non poteva vedersi, e nè meno dalle parti sottoposte si prospettavano altre amene vedute, o si mirava lontano, o disopra o da lato, per es., perchè era finestra di cantina, o stanza sotterranea o simile; ed allora cosiffatta servitù non comprende la veduta del cielo, nè il prospetto libero e grato, ma solamente che quella finestra abbia vista o di fuori, o sopra, o sotto, in quello stesso modo che l'aveva nel tempo della costituzione della servitù. Ed in questo caso la servitù di non torre la luce contiene

(5) *Ut d. l. lumen ibi.*
(6) *Ut probatur in d. l. inter servitutes in princ. et in d. l. lumen, et ibi hoc not. gloss. 2. in fin.*

Digitized by Google

bet (1), *et intelligo coelum videri posse, quando locus cui servitus debetur, ne luminibus officiatur, non praevenit oculos in videndo coelum sive desuper, sive ex latere, et ideo si per fenestras, vel quemcumque alium modum non prospicias coelum, non diceris habere lumen: licet omnis diei claritas ex sole, et per hoc ex coelo proveniat, potest tamen dici te habere prospectum* (2), *et adde hic omnino quae dicam infra de servitute, ne luminibus officiatur, in princ. Aut illa fenestra non habet aspectum, ita quod ex ea coelum videri non potest, sed alia loca videri poterant: et tunc servitus, ne luminibus officiatur, in aliquo plus continet, in aliquo minus continet, et inde plus, eo quia propter ipsam coelum videri debet, quod in servitute prospectus in specie praedicta non contingit* (3).

III. *Continet etiam minus: quia sufficit, quod ille cui servitus debetur luminum, coelum videre possit, licet sibi prospectus de longinquo tollatur: quia gratitudinem luminis non continet* (4), *et ideo possit impediri ingressus solis, ex quo gratitudo resultat: quia gratior sibi esset* (5), *et ex his apparet, quod servitus ne prospectui officiatur, et servitus ne luminibus officiatur, se habent tamquam excedentia et excessa, ut voluit gloss. in fin.* d. l. lumen, *quam sic intelligo ut supra declaravi, facit gloss. fin.* in l. certi condict. in princ. si cert. pet. *quae dicit, quod condictio generalis et specialis se habent tanquam excedentia et excessa. Caetera quae faciunt ad hanc materiam, vide in tribus sequentibus servitutibus.*

(1) *Ut d. l. lumen.*
(2) *Ut not. gloss. in d. l. lumen.*
(3) *Ut d. l. lumen.*
(4) *D. l. inter servitutes in princip.*

di più; perchè per essa si dee mirar lo cielo; ed intendo potersi questo vedere, allorquando il luogo, cui è dovuta la servitù di non torre la luce, non corre allo sguardo mirando il cielo o di sopra o da lato; e però se non prospetti il cielo o dalle finestre o in qualsivoglia altro modo, non sarà detto che tu abbia luce; benchè il lume di tutto il giorno derivi dal sole e perciò pure dal cielo. Aggiungi qui totalmente ciò che poscia dirò della servitù di non torre la luce, nel principio. O quella finestra non gode dell'aspetto, per guisa che da essa il cielo non possa mirarsi, ma bensì altri luoghi si possano vedere, ed allora la servitù di non torre la luce in alcuna parte contiene di più ed in altra meno, e in questo caso di più, per ciò che per essa si dee vedere il cielo; locchè non avviene nella servitù di prospetto della specie suddetta.

III. Contiene eziandio di meno; perchè basta che quegli cui è dovuta la servitù della luce possa vedere il cielo, benchè gli sia tolto il lontano prospetto; avvenga ch'essa non comprenda il beneficio del lume; e perciò si possa impedire l'ingresso del sole, dal quale deriva tal beneficio. Da queste cose apparisce che la servitù di non torre il prospetto e quella di non togliere il lume si considerano come cose eccedenti ed esorbitanti, giusta la glossa in fine della legge *lumen*, la quale io intendo nel modo da me sopra spiegato. A ciò pur giova la glossa finale sulla legge *certi cond. in princ. ff. si cert. pet.* la qual dice che le condizioni generali e speciali si reputano quali cose eccedenti ed esorbitanti. Nelle tre seguenti servitù troverai quanto resta a dire su questa materia (*a*).

(5) *Ut est text. in l. si arborem, in princip. de servitut. urban. praed. et est text. in d. l. inter servitutes in princip.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XXXIII.

(*a*) Un edifizio può avere dal di fuori luce ed aria all'interno.

Può avere al di fuori prospetto.

Dalla luce è illuminato; dall'aria ventilato; pel prospetto si guarda fuori di esso.

Ha luce ed aria mediante aperture nei muri, che sono ordinariamente le finestre.

Può avere prospetto mediante logge od altri simili sporti esteriori e mediante finestre nei muri.

Può avere luce ed aria anche se le finestre oltrepassino la ordinaria altezza di un uomo.

Ma per avere ordinariamente, naturalmente prospetto fa d'uopo che le finestre sieno a tale altezza che un uomo stando sul pavimento possa guardare al di fuori non solo da

Digitized by Google

mezzo di una stanza od affacciandosi alle finestre chiuse da invetriate, ma anche affacciandosi ed appoggiandosi a finestre perfettamente aperte.

Non crederei che fosse prospetto ordinario, naturale, in senso legale, quello che avere si potesse da finestre tanto alte, che per guardar fuori di esse fosse d'uopo sollevarsi dal pavimento, facendo uso di scale, gradini o di altri mezzi equivalenti.

Un edifizio può aver luce senza aver necessariamente anche aria e prospetto.

Infatti la luce del giorno può venirgli da finestre ad invetriate stabilmente chiuse. Allora non ha aria. Può derivargli da finestre aperte a tale altezza da non permettere che un uomo stando sul pavimento spinga per esse lo sguardo al di fuori. Allora non ha prospetto in senso legale quale io lo intendo.

Un edifizio che ha aria dee aver necessariamente anche luce.

Ma può aver aria senza che abbia necessariamente anche prospetto.

Infatti, per dove entra l'aria entra anche la luce.

Ma le finestre per le quali entra l'aria ponno essere, come ho detto parlando poco fa della luce, ad altezza tale da non permettere prospetto al di fuori.

Finalmente un edifizio che ha prospetto al di fuori ha necessariamente anche luce ed aria.

Ha luce ed aria quando il prospetto sia da logge o simili sporti esteriori.

Ha luce quando il prospetto si goda dall'interno mediante finestre ad invetriate chiuse.

Ha luce ed aria quando si goda da finestre perfettamente aperte.

Un edifizio dunque che abbia prospetto al di fuori, avendo anche luce ed aria, ha di più.

Quello che abbia sola aria dal di fuori, avendo anche luce, ma potendo non avere prospetto, ha di meno.

Quello che abbia sola luce pur dal di fuori, non avendo anche aria e potendo non avere prospetto, ha di meno ancora.

Tutto ciò parmi applicabile ad ogni sito di un edifizio dai suoi siti sotterranei fino agli abbaini del tetto, per quella qualità e quantità di luce, aria, prospetto di cui dal rispettivo sito si possa godere.

Ho parlato fin qui in generale di un edifizio avente luce, aria, prospetto per farne applicazione speciale alle servitù prediali che a quegli oggetti si riferiscono.

E passando a questa speciale applicazione, osservo che pel diritto romano, in quanto alla luce, all'aria ed al prospetto degli edifizii, esistevano le servitù seguenti:

1.° La servitù *luminum*;

2.° La servitù *ne luminibus officiatur*;

3.° La servitù *prospectus*;

4.° La servitù *ne prospectui officiatur*.

1.° Secondo l'articolo sulle servitù nel Repertorio del Merlin la servitù *luminum* consisteva nel diritto di aprire finestre nel muro del vicino.

E più esattamente, secondo il Mackeldey § 289 del suo Manuale da me citato nelle annotazioni *a* dei Capi XXXI e XXXII, consisteva nel diritto di aprire nel muro comune od altrui finestre od altri fori, onde ottenere luce pel proprio edifizio.

Consisteva anche nel diritto di aprirne nel proprio muro verso il fondo del vicino, quando ciò d'altronde per ispeciali disposizioni di legge non fosse permesso senza aver acquistato quel diritto.

2.° La servitù *ne luminibus officiatur*, secondo il suddetto articolo nel Merlin, consisteva nel diritto d'impedire al vicino di oscurare colle sue opere le finestre dell'altro vicino.

E più esattamente, secondo il Mackeldey, consisteva nel non poter essere tolta al proprio edifizio la luce da costruzioni, piantagioni ed altre operazioni del vicino.

Dipendeva poi dalla guisa della costituzione od acquisizione della servitù il vedere se il vicino lasciare dovesse all'edifizio altrui soltanto la luce necessaria, ovvero tutta quella luce della quale era in attualità di godimento.

A proposito di queste due servitù noto, che sebbene le parole *lumen*, *lumina* significassero anche la luce, pure qui significavano anche le finestre, ed in generale le aperture che davano quella luce ad un edifizio.

Ne trovo la prova nel frammento 22 del libro 8.°, titolo 2.° del Digesto, che dice:

Qui aedificium habet potest servitutem vicino imponere, ut non solum de his luminibus, quae in presenti erunt, sed etiam de his quae postea fuerint, caveat.

Digitized by Google

Ne trovo quella prova anche nel successivo frammento 23, che dice:

Si servitus imposita fuerit lumina quae nunc sunt ut ita sint, de futuris luminibus nihil caveri videtur.

Noto anche che potendo penetrare da finestre od altri fori aperti nel muro comune od altrui non solo luce, ma anche aria nel proprio edifizio, potrebbe per avventura dirsi che la servitù di aprirne, costituita senza limitazioni, avesse portato la facoltà di formare quelle finestre od altre aperture per ottenere e luce ed aria all'interno.

Forse che il Richeri nel suo dizionario del diritto civile, canonico e feudale, Torino, tipografia reale 1792, alla voce *Aer* partì da questo principio, parlando della servitù *aeris*, della servitù *luminis vel aeris* come di una sola anzichè di due servitù.

E per la suddetta ragione potrebbe anche per avventura dirsi che la servitù di non togliere ad un edifizio la luce, quando fosse stata costituita senza limitazioni, avesse abbracciato il non togliergli nemmeno l'aria.

Ma se la servitù di aprire finestre od altri fori fosse stata stabilita soltanto per dar luce all'edifizio dominante, col determinare che quelle aperture dovessero essere munite d'invetriate fisse, ossia da non potersi schiudere, sicchè per esse non potesse penetrare aria, allora avrebbe esistito diritto bensì a luce ma non ad aria.

Imposta poi la servitù di non togliere all'edifizio dominante la sola luce, avrebbe potuto con qualche opera essergli tolta l'aria.

Ma a quale aria non vi sarebbe stato diritto, quale avrebbe potuto essere tolta?

A mio avviso non per certo l'aria necessaria alla salute degli abitanti l'edifizio.

Di quest'aria, come elemento indispensabile a tutti gli uomini, come cosa comune a tutti, quell'edifizio non avrebbe potuto essere privato.

Ed una servitù che a quest'aria non desse diritto, o che la togliesse non avrebbe potuto nemmeno sussistere.

3.° La servitù *prospectus*, secondo il suaccennato articolo nel Merlin, dava il diritto di avere veduta sulla casa del vicino.

4.° La servitù poi *ne prospectui officiatur* dava il diritto d'impedire al vicino di far cosa che potesse limitare la veduta di un'altra casa.

Secondo il Mackeldey fra queste due servitù non eravi differenza.

Consistevano nel non potere il vicino togliere con costruzioni od in altra guisa il prospetto del quale godevano l'altrui edifizio o terreno.

Come il Mackeldey, anche l'Heimberger nel suo Manuale del diritto romano § 276, ed il nostro Pagani nel suo Repertorio legale, articolo *Prospetto*, osservano che le due servitù *prospectus* e *ne prospectui officiatur* si confondevano in una sola.

Ciò dee voler significare il primo, quando osserva che quelle due servitù producevano l'effetto di poter proibire al proprietario del fondo serviente di togliere all'edifizio dominante il prospetto od in generale o su un dato oggetto.

E ciò spiega il secondo dicendo che al diritto di aver prospetto sul fondo del vicino corrispondeva il dovere di questo di non frapporre ostacoli al prospetto stesso.

Dice finalmente il Mackeldey che chiamavasi *jus luminibus aut prospectui officiendi* la liberazione della servitù *ne luminibus aut prospectui officiatur*, dalla quale un predio fosse stato prima aggravato.

Secondo ciò che ho osservato di sopra sembrami che pel diritto romano,

la servitù di non essere privati e quindi di godere del prospetto sul fondo od edifizio altrui comprendesse la non privazione, e quindi il godimento non solo di quel prospetto ma eziandio dell'aria e della luce; comprendesse dunque di più:

la servitù di ottenere aria pel proprio edifizio aprendo finestre od altri fori nel muro comune od altrui, od anche nel proprio come ho detto di sopra al n. 1, e l'altra servitù d'impedire che il vicino con costruzioni o piantagioni togliesse ad un nostro edifizio l'aria, comprendessero il godimento e la non privazione oltrechè dell'aria anche della luce, non però del prospetto: comprendessero dunque di meno:

Digitized by Google

mano il proprietario di una cosa per effetto del suo diritto di proprietà aveva la libertà naturale di fare in essa tutto ciò che gli piaceva senza riguardo a nessuno ogni qual volta però in quella libertà non fosse limitato per pubblici o per privati riguardi.

La libertà era dunque la regola.

Le limitazioni erano le eccezioni.

Parlando di servitù prediali, parlo qui della regola e delle eccezioni, della libertà cioè e delle limitazioni nei soli riguardi privati.

In regola, per effetto di quella naturale illimitata libertà, un proprietario avrebbe potuto senza assenso e contro volontà di altro proprietario:

1.° fare sul proprio fondo costruzioni, piantagioni ecc., tanto vicine all'edifizio od al fondo di quell'altro proprietario da privarlo perfino del tutto di luce, di aria, di prospetto;

2.° formare nel suo spazio d'aria o nel suo muro, logge o sporti, od aprire in quel muro finestre od altri fori onde ottenere pel proprio edifizio luce, aria, prospetto, anche in vicinanza tale all' edifizio od al fondo di quell' altro proprietario da incomodarlo di troppo.

E siccome tutto ciò facendo avrebbe fatto uso del suo diritto, non sarebbe stato responsabile non solo per l'incomodo, ma nemmeno pel pericolo e pel danno che a quell'altro proprietario avesse arrecato.

Ma in regola anche quell' altro proprietario alla sua volta per effetto della stessa naturale illimitata libertà avrebbe potuto fare senza assenso e contro voglia del primo proprietario nella casa propria le opere indicate ai num. 1, 2 pegli effetti e cogli effetti ivi pure indicati.

Ed anch' egli facendo tutto ciò nell' esercizio del proprio diritto, non sarebbe stato responsabile per l' incomodo, pel pericolo e pel danno che al primo proprietario avesse arrecato.

A dirla in poche parole, ambedue questi proprietarii avrebbero avuto la naturale illimitata libertà, per procurarsi un qualunque vantaggio, d' incomodarsi, esporsi a pericolo e danneggiarsi a vicenda senza riguardo e senza tener conto l' uno del dissenso dell' altro.

Dico per procurarsi un qualunque vantaggio, perchè, come osserva anche il Mackeldey nella nota *a* al § 181 del suo Manuale del diritto romano, nessuno poteva esercitare un diritto senza verun proprio interesse e soltanto per arrecar danno ad un altro: sicchè l' esercitarlo per *emulazione* era proibito.

Parve però ai giureconsulti e legislatori romani che le leggi lasciar non potessero in tutt' i casi sussistere la suddetta naturale illimitata libertà nella sua pienezza fra uomini conviventi in istato di civile società.

Parve ad essi che in quello stato sociale, come ogni privato rinunciare doveva ad una porzione dei proprii naturali diritti pei riguardi pubblici, cioè dovuti all'intiero corpo sociale del quale era membro, dovesse talvolta rinunciarne ad una porzione anche per riguardi privati, cioè dovuti ad altri singoli membri di quel corpo.

Parve ad essi che quella parziale rinuncia ai proprii naturali illimitati diritti anche fra singoli membri del corpo sociale contribuir potesse a renderli più sicuri e più tranquilli, se anche talvolta un po' meno liberi nello stato di società civile nel quale erano chiamati a convivere.

Quindi alla regola fecero succedere le eccezioni.

Quindi non tolsero già del tutto, ma soltanto restrinsero quella naturale illimitata libertà di un proprietario di un fondo o di un edifizio di procurare a sè stesso o di togliere ad altro proprietario con incomodo, pericolo, danno, e contro la volontà di questo, luce, aria, prospetto.

Digitized by Google

bro 3, titolo 34 del Codice, nel frammento 13, libro 10, titolo 1 del Digesto. nelle costituzioni 9, 11 e 12, §§ 1, 2, 3, libro 8, titolo 10 del Codice, e nel frammento 24 § 12 in fine del libro 39, titolo 2 del Digesto.

Così non potendo per legge un proprietario, invito l'altro, edificare, piantare ecc. sul proprio fondo se non a conveniente distanza dall'edifizio o dal fondo di un altro, fu al primo impedito di esporre colla soverchia vicinanza delle sue costruzioni, piantagioni ecc. a pericolo o danno il secondo non assenziente.

Così per la legge delle distanze un proprietario non potè far costruire piantagioni sul suo fondo in modo da togliere per la soverchia vicinanza ad altro proprietario non aderente perfino del tutto luce, aria, prospetto.

Così per quella legge un proprietario non potendo contro il volere dell'altro edificare se non a conveniente distanza dall'edifizio o dal fondo di quest'ultimo, non potè nemmeno colle logge, sporti, finestre, aperture del proprio edifizio, ottenere per esso luce, aria, prospetto, in modo da incomodar troppo il vicino non aderente.

Le limitazioni prescritte dalle leggi in riguardo alle distanze non sono dal diritto romano qualificate servitù.

Ma mi sembra che corrispondano ad alcune di quelle che il Codice Napoleone ed altri Codici dietro esso chiamarono servitù stabilite dalla legge, ossiano legali.

Ho detto di sopra che alle limitazioni portate dalle leggi sulle distanze il proprietario da esse aggravato sottrarsi non poteva senza adesione dell'altro proprietario a vantaggio del quale erano state stabilite.

Mi spiego.

Se quelle limitazioni fossero state imposte per pubblici riguardi, nessun dubbio che il proprietario aggravato non avrebbe potuto sottrarvisi nemmeno coll'assenso del proprietario che ne avesse tratto vantaggio, e ciò pel principio di diritto che *privatorum conventio juri publico non derogat.*

Ma imposte per sola utilità privata, credo che il proprietario da esse avvantaggiato avrebbe potuto rinunciarvi.

Sicchè per effetto di questa rinuncia il proprietario aggravato sarebbe stato esonerato dall'assoggettarvisi.

Non vedrei infatti perchè la legge avesse impedito o potuto impedire ad un proprietario di rinunciare a limitazioni stabilite per solo suo utile privato e non involventi per nulla i pubblici riguardi, quand'anche il rinunciarvi avesse arrecato a lui solo incomodo, pericolo o danno.

Limitata così la libertà naturale creduta eccessiva di un proprietario di edificare, piantare ecc., contro il volere dell'altro a distanze minori di quella dalle leggi prescritte, come restò illesa la libertà di farlo quando fossero andati d'accordo di non attenersi alle legali limitazioni, così restò illesa anche la libertà di farlo alle prescritte od a maggiori distanze anche se un proprietario non fosse andato d'accordo coll'altro.

Perciò a quelle prescritte o maggiori distanze un proprietario ebbe libertà aderente o non aderente l'altro di togliere con edifizii o piantagioni sul proprio fondo a vantaggio proprio, la luce, l'aria, il prospetto, al fondo od all'edifizio di quell'altro proprietario, e di procurarsi su questo fondo od edifizio, con logge, sporti, finestre od altre aperture nel proprio muro, quel prospetto, quell'aria, quella luce.

Imporre poi le limitazioni a questa ultima libertà così lasciata illesa dipendette più comunemente dalla volontà del proprietario dell' immobile che ad esse si assoggettava, e talora dal giudice che ne lo assoggettava.

Quelle limitazioni venivano talora acquistate dal proprietario dell' immobile cui recavano vantaggio per effetto di usucapione.

Cioè quest'ultimo proprietario in uno dei suddetti modi le acquistava.

Acquistate così costituirono altrettante servitù che ponno chiamarsi stabilite per fatto dell'uomo, e che dal proprietario di esse aggravato dovettero essere rispettate.

Digitized by Google

Così al non proprietario esclusivo di un muro potè dal proprio essere conceduto o potè aver acquistato il diritto ossia la servitù di aprire in quel muro altrui finestre od altri fori per procacciarsi luce, aria, prospetto, sebbene la libertà di farlo spettasse soltanto al proprietario esclusivo di esso.

Il Codice Napoleone partendo dai principii del diritto romano applicò conseguenze consimili.

Per l'articolo 544 di esso il proprietario ha il diritto di godere e disporre della cosa sua nel modo il più assoluto.

In conseguenza per l'articolo 552 può fare sul suo suolo tutte le piantagioni e costruzioni che stima a proposito.

Ecco la libertà ch' è la regola.

Ma per l'articolo 544 non dee fare della cosa sua uso vietato dalle leggi e da'regolamenti.

Conseguentemente per l'articolo 552 del Codice Napoleone può costruire e piantare sul suo suolo come meglio gli aggrada, salve però le eccezioni portate da quel Codice al titolo delle servitù prediali.

Ecco le limitazioni che sono le eccezioni.

Queste limitazioni ed eccezioni stanno come si vede nelle servitù prediali.

Stanno per l'articolo 639 nelle servitù prediali derivanti dalla naturale situazione dei luoghi, dalle obbligazioni imposte dalla legge, dalle convenzioni tra i proprietarii.

Pegli oggetti della presente annotazione non deggio parlare delle prime.

Sì bene delle seconde cioè delle servitù legali, e delle ultime cioè delle convenzionali che altrove più esattamente il Codice Napoleone chiama stabilite pel fatto dell'uomo.

Vengo alle limitazioni che stanno nelle servitù legali.

Esse per l'articolo 649 hanno per oggetto la pubblica e comunale, ovvero la privata utilità.

Cioè sono stabilite per pubblici o per privati riguardi.

Non parlo delle prime, sì bene delle seconde.

Per quel privato utile riguardo, la legge, dice l'articolo 654, assoggetta i proprietarii l'uno verso l'altro a varie obbligazioni indipendenti da ogni convenzione.

Relativamente alle servitù delle quali ora mi occupo, quelle obbligazioni o limitazioni riguardano:

1.° le distanze delle piantagioni tra fondi vicini;

2.° le distanze e le opere per alcune costruzioni particolarmente pericolose ai vicini;

3.° la forma non che la distanza delle luci o finestre di un muro non comune contiguo al fondo altrui, dal pavimento o suolo di una stanza che si vuole mediante esse illuminare, ossia la distanza che aver deggiono da quel fondo altrui.

4.° le distanze delle vedute o finestre a prospetto, delle logge od altri simili sporti dal fondo chiuso o non chiuso dal vicino.

Quelle obbligazioni o limitazioni riguardano cioè le distanze dalla legge prescritte per le piantagioni, per alcune costruzioni, per le finestre, logge od altri simili sporti fra vicini ed i divieti di formar quelle opere a distanze minori dalle prescritte.

Queste limitazioni e divieti sono veramente altrettante servitù prediali imposte al fondo di un proprietario pel privato vantaggio di un altro fondo di altro proprietario.

Imposte così per sola privata utilità, premetto credere io che il proprietario a cui vantaggio vanno, possa, come ho detto parlando del diritto romano, rinunciarvi.

Ma non rispettandole il proprietario da esse aggravato e tollerando il proprietario a cui vantaggio furono imposte per tutto il tempo della prescrizione estintiva che non vengano rispettate, rimarrà forse il primo proprietario liberato da esse?

L'altro proprietario avrà in conseguenza perduto appunto per prescrizione il diritto di farle rispettare?

Nell'annotazione *a* del Capo XIX parlando del Codice Napoleone ho detto che le servitù prediali derivanti dalla situazione naturale dei luoghi o dalle disposizioni della legge non si perdevano per prescrizione.

Dopo mature considerazioni sono costretto a riconoscere che ho dato a quella massima troppa estensione.

L'amore del vero, o di ciò che credo il vero, m' induce a restringerla.

La confermo nei casi nei quali quelle servitù sieno imposte per pubblici riguardi ed utilità.

Digitized by Google

Ma se imposte per solo riguardo ed utile privato, il proprietario che ne trae vantaggio può rinunciarvi espressamente e tacitamente.

E se così può rinunciarvi, sembra anche che ove per tutto il tempo della prescrizione estintiva abbia tollerato che il proprietario da esse aggravato non le osservi e nulla abbia fatto per farle osservare, abbia perduto il diritto di reclamarne la osservanza appunto per prescrizione implicante, dirò così, una tacita rinuncia per parte di esso.

Ma in questo caso notisi bene: *tantum praescriptum quantum possessum.*

Cioè il diritto del proprietario di far rispettare la limitazione dalla legge imposta a suo vantaggio, sarà perduto per lui nella sola parte in cui il proprietario del fondo aggravato non avrà rispettato il corrispondente obbligo posto dalla legge stessa a suo carico, e non in misure maggiori.

Ritenuto così che le limitazioni e i divieti legali da me accennati ai n. 1—4 hanno luogo allorchè il proprietario a vantaggio del quale furono stabiliti non vi abbia rinunciato o non ne abbia perduto il diritto per prescrizione, mi accingo a dir qualche cosa su ognuno di essi in particolare.

1.° L'articolo 671 del Codice Napoleone vieta piantare alberi di alto fusto a distanze minori due metri dalla linea di separazione di due fondi ed altri alberi o siepi vive a minor distanza di mezzo metro da quella linea.

Fondo, come scorgesi anche dall' art. 637, vuol dire immobile, cioè tanto un terreno quanto un edifizio.

Il divieto di piantare fra terreni ed edifizii vicini a distanze minori dalle prescritte, sembrami tendere non solo ad allontanare da essi o a minorare ogni pericolo o danno che dalla troppa vicinanza delle piantagioni potesse derivarne, ma anche ad impedire che venga loro tolta del tutto o con grave incomodo, luce, aria, prospetto.

2.° L' articolo 674 obbliga, chi imprende presso, sopra, addosso ad un muro comune o non comune le costruzioni, escavazioni ed opere ivi enumerate, a lasciare le distanze ed a fare le opere prescritte in proposito di tali oggetti dai regolamenti ed usi particolari.

L' obbligo specialmente di lasciare quelle prescritte distanze porta la proibizione di fare quelle escavazioni, costruzioni ed opere a distanze minori dalle prescritte.

Il suddetto articolo esprime poi la ragione del divieto.

Essa è quella di non arrecar danno al vicino con escavazioni, costruzioni ed opere troppo prossime ad esso.

3.° L' art. 675 vieta ad un vicino di formare senza il consenso dell' altro nel muro comune finestre od aperture anche con invetriate fisse.

A molto maggior ragione gli dee essere vietato senza quel consenso di formarne nel muro esclusivamente altrui.

Con ciò è reso omaggio al diritto di proprietà.

Infatti il mio vicino se vuole aprire finestre nel muro od esclusivamente mio o fra noi comune, dee ottenerne il mio assenso.

Ossia deve da me acquistare il diritto di aprirle.

All' incontro per lo stesso effetto del suo diritto di proprietà il proprietario di un muro esclusivamente suo e non comune con altri, può formare in esso luci o finestre.

Ma se quel muro è contiguo al fondo altrui, le finestre deggiono essere munite non solo di cancelli di ferro aventi maglie coll' apertura nell' art. 676 prescritta, ma anche di telajo ed invetriata fissa, cioè non apribile.

Più ancora. Per l' art. 677 è vietato collocare quelle finestre a distanza minore di otto piedi dal pavimento o suolo della camera che si vuole illuminare se essa è a pian terreno, e di sei piedi al di sopra del pavimento se la camera è nei piani superiori.

Siccome quella distanza è prescritta non già pei riguardi della camera che dee ottenere luce ma unicamente per quelli del terreno o dell' edifizio contiguo del vicino, mi pare giusta la osservazione fatta dal Solon, al 282 del suo trattato delle servitù e riportata nell' annotazione, n. 3, al § 210 del simile trattato del Pardessus da me più volte citato, che cioè l' altezza stessa esser debba conservata non solo dal lato della camera per la quale è stata fatta la finestra, ma anche dal lato del vicino. Altrimenti la legge non otterrebbe il suo scopo.

E lo scopo delle disposizioni degli art. 676-677 parmi pure evidente.

Le finestre o luci mediante le quali, come dice l'art. 676, si vuole illuminare la camera deggiono essere munite non solo d'inferriate ma anche d' invetriate fisse, cioè non apribili.

Digitized by Google

Ad invetriate non apribili si può bensì aver dal di fuori nella stanza luce, ma non aria.

Da finestre distanti dal pavimento o suolo otto o sei piedi quali sono prescritte dall' articolo 677, non si può avere prospetto al di fuori.

Lo scopo dunque di quegli articoli è di procacciare alla stanza dal di fuori bensì luce ma non aria, e d' impedire che abbia prospetto al di fuori sul fondo vicino.

4.° Finalmente per l' art. 678 è vietato avere vedute dirette o finestre a prospetto, logge od altri simili sporti sul fondo chiuso o non chiuso del vicino, se tra il muro di questo ed il muro in cui si formano quelle opere non abbiavi la distanza di sei piedi.

E per l' art. 679 la distanza esser dee di due piedi se le vedute su quel fondo sono laterali od obblique.

Queste distanze poi si computano nel modo stabilito dall' art. 680.

È dunque proibito di aver prospetto sul fondo altrui mediante opere a distanza dal fondo del vicino minore della prescritta dagli art. 678-680.

Lo scopo di queste disposizioni di legge si è visibilmente quello d' impedire un prospetto sulla casa o sul terreno del vicino che gli sia troppo d' incomodo.

Intorno alle distanze delle quali ho finora parlato, gli art. 592, 593, 595-601 del Codice del regno delle due Sicilie e gli art. 522, 523, 525-532 di quello di Parma ripetono quasi le disposizioni degli art. 671, 672, 674-680 del Codice Napoleone.

Meritano poi particolare riflesso gli art. 591-614 del Codice pegli Stati del re di Sardegna che sulle servitù legali delle distanze portano disposizioni più particolareggiate di quelle dei suddetti Codici.

E finalmente a questo proposito ommettere non posso di riferire alcune disposizioni della Parte 1, titolo 8, del diritto o Codice generale pegli Stati prussiani.

§ 124. Chi pianta nella sua casa alberi o viti dee farlo dietro una balaustrata in modo che nè questa, nè le piante tocchino i muri degli edifizii vicini.

§ 125. Stalle da majali, cloache, fosse da letame e da conciar pelli ed altre opere nocive agli edifizii deggiono rimanere lontane almeno tre piedi del Reno dagli edifizii, muri e granai vicini.

§ 126. Deggiono essere dal fondo rivestite di muro.

§ 127. Deggiono essere distanti almeno tre piedi da lavoro dagli alberi del vicino.

§ 128. Condotti o canali in terra sul proprio suolo dalla parte del vicino onde asportare l' acqua, deggiono lasciar libero almeno lo spazio di un piede da lavoro dal muro del vicino.

§ 131. Non può essere scavato verun nuovo pozzo a distanza minore di tre piedi da lavoro dal confine del vicino.

§ 132. In generale nessuno può far escavazioni sotto il suolo del vicino.

§ 133. Forni, fornaci da mattoni e da fondere e focolari non ponno essere costruiti sul muro divisorio comune, o di proprietà del vicino senza assenso di questo.

§ 137. Ognuno può far aperture o finestre nel proprio muro o parete per procacciar luce al proprio edifizio quand' anche dieno prospetto sui fondi vicini.

§ 138. Le aperture poi fatte su parete o muro contiguo alla corte od al giardino del vicino deggiono essere distanti, ove le circostanze il permettano, sei piedi dal suolo della camera o di altro locale. Deggiono poi in ogni caso essere munite di bastoni di ferro distanti fra essi due pollici o di una grata di ferro.

§ 139. Nuovi edifizii essere deggiono distanti da' già esistenti edifizii del vicino almeno tre piedi da lavoro, quando leggi speciali di polizia diversamente non prescrivano.

§ 140. Basta la distanza di un piede e mezzo, se il nuovo edifizio è contiguo ad uno spazio non fabbricato del vicino.

§ 141. Ognuno in regola, del resto, può fabbricare sul suo suolo, tanto vicino al confine e tanto alto quanto gli piace.

§ 142. Se però le finestre del vicino dinnanzi alle quali si fabbrica esistono da dieci anni o più, ed i locali ove si trovano non ricevono luce che da quella parte, il nuovo edifizio dee esservi distante in modo che il vicino possa vedere il cielo dalle finestre non aperte del piano inferiore.

§ 143. Avendo in questo caso l' edifizio del vicino dinnanzi al quale si fabbrica luce anche da altra parte, basta che il nuovo edifizio sia distante in modo che il vicino possa vedere il cielo dalle finestre non aperte del secondo piano.

Digitized by Google

§ 144. Non esistendo le finestre del vicino dinnanzi alle quali si fabbrica da dieci anni, l'edificante dee osservare la sola distanza prescritta al § 139.

§ 145. Ciò fatto, il vicino non può opporsi alla nuova costruzione che gli tolga la luce se non quando abbia specialmente acquistato il diritto di proibirla.

§ 146. Ove esista questa servitù prediale, è applicabile, in mancanza di patti espressi, la disposizione legale del § 142.

§ 147. In tutt' i casi specificati ai §§ 139, 140, 142, 143, 146 lo spazio intermedio non fabbricato rimane dell' anteriore proprietario, che può farne ogni uso non vietato da legge.

§ 148. Non ponno essere aperte nuove porte conducenti immediatamente sul suolo del vicino, contro volontà di questo.

Ho riportato per esteso queste disposizioni del Codice prussiano per quelli de' miei lettori che non volessero procurarselo.

Vedranno essi avere anche quel Codice adottato le distanze legali come limitazioni della proprietà nei privati riguardi dei vicini.

Torno ora al Codice Napoleone.

Imposte da quel Codice limitazioni all' assoluta libertà del proprietario di edificare, piantare ecc., sul suo fondo a distanze da quello del vicino minori delle legalmente prescritte, ed impostele, a parer mio, in modo che il vicino che ritrae da esse vantaggio, possa abbandonarne per rinuncia o perderne fino ad un certo punto, come ho detto di sopra, per prescrizione il diritto, il Codice stesso non va più oltre.

Lascia quindi intatta l'assoluta libertà del proprietario di edificare, piantare ecc., sul suo fondo verso il fondo del vicino a quelle prescritte od a maggiori distanze, salvi però i pubblici riguardi, quand' anche facendolo arrecasse a quest' ultimo incomodo, pericolo o danno.

Il suddetto proprietario perciò a quelle prescritte o maggiori distanze può anche contro volontà del vicino fare sul suo fondo piantagioni che a questo tolgano luce, aria, prospetto, e costruzioni, che senza lesione dei pubblici riguardi gli arrechino danno, e può con logge, sporti, finestre, aperture nel proprio edifizio procacciarsi aria, luce, prospetto, anche incomodando il suddetto vicino.

Ed il vicino non può imporre limitazioni a quell'assoluta libertà del proprietario, così conservata, se non ha acquistato specialmente il diritto ossia la servitù attiva d' imporgliele.

E questo diritto d' imporle non accordandoglielo immediate disposizioni di legge, non può derivargli che per fatto dell'uomo.

E qui naturalmente vengo all'acquisizione del diritto a quelle limitazioni derivante dal fatto dell' uomo, ossia all' acquisizione delle servitù appunto dal fatto dell' uomo nascenti.

Esse ponno venir acquistate per quel fatto dell'uomo. Tanto è vero che per l'art. 686 i proprietarii colle restrizioni ivi espresse ponno stabilire fra i loro fondi tutte le servitù che sembrino loro opportune.

Vengono poi acquistate per quel fatto dell'uomo, secondo gli articoli 690 e seguenti e secondo la diversa loro natura o per titoli, o per possesso, o per destinazione del padre di famiglia che in alcuni casi tien luogo di titolo.

Dunque la libertà di un proprietario di piantare o di edificare sul suo fondo alle distanze dalle leggi prescritte, od a maggiori distanze, togliendo anche aria, luce, prospetto al vicino, è limitata, quando questo abbia per fatto dell'uomo acquistato il diritto ossia la servitù d' impedirgli di farlo.

La libertà di quel proprietario di procurarsi con logge, sporti, finestre, od aperture nel proprio edifizio, luce, aria, prospetto verso il fondo del vicino, alle suddette distanze, è limitata, quando quest'ultimo abbia acquistato per fatto dell'uomo il diritto, ossia la servitù di vietargli quelle opere.

Il diritto di quel proprietario di non permettere che nel muro proprio o comune il vicino faccia finestre od aperture per procurarsi aria, luce, prospetto è limitato, quando quest'ultimo, secondo l'articolo 675, abbia per fatto dell'uomo acquistato il diritto ossia la servitù di farlo.

Per quello che ho detto fin qui, hannovi dunque pel Codice Napoleone in riguardo alla luce, all'aria, al prospetto, servitù derivanti o dalle disposizioni della legge o dal fatto dell'uomo.

Digitized by Google

Sembrami che anche per quel Codice le servitù che riguardano la sola luce contemplino di meno; quelle che riguardano anche l'aria contemplino di più, e quelle che riguardano il prospetto contemplino di più ancora.

Lo deduco dai seguenti articoli di esso.

Per l'articolo 676 le finestre colle quali si vuole illuminare una camera, cioè soltanto darle luce, deggiono essere munite d'invetriata fissa. Così per esse passa luce, non aria dal di fuori.

Per l'articolo 677 deggiono essere distanti otto o sei piedi dal pavimento o suolo della camera. Così da esse non hassi, come ho detto a principio della presente annotazione, prospetto al di fuori.

Dunque chi ha sola luce non ha nè aria nè prospetto. Dunque ha di meno.

Che se oltre alla luce si dovesse avere anche aria ma non prospetto, e quindi le finestre non dovessero, sebbene distanti otto o sei piedi dal pavimento, essere munite d' invetriata fissa, avendosi, oltre alla luce, aria, si avrebbe di più.

Finalmente gli articoli 678-680 non prescrivono nè possono prescrivere che le logge, gli sporti, le finestre da cui si debba godere prospetto al di fuori di un edifizio, sieno munite d' invetriate fisse od altre opere che impediscano all' aria ed alla luce di entrarvi.

Chi ha prospetto ha dunque con esso anche aria e luce; dunque ha di più ancora.

Il Codice civile austriaco in ciò che riguarda le suddette limitazioni legali delle distanze abbandonò i principii del diritto romano.

Non seguì nemmeno i principii del Codice generale prussiano, sebbene, a quel che osserva il Winiwarter nel § 13 della introduzione al suo commento al nostro Codice, ne abbia tratto profitto in molte materie.

A convincersene basta leggere ciò che scrive lo Schuster al § 34 del suo trattato sul diritto di fabbricare.

Non soggiace, ne sono convinto, dic'egli, ad alcun dubbio avere il Codice generale austriaco piantato il seguente principio opposto al diritto romano, ma pienamente fondato nella filosofia del diritto.

Il diritto della naturale libertà d' innalzare sul proprio fondo un nuovo edifizio, di ampliarne o di alzare di più uno già esistente, o di aprire nuove finestre per aver luce o prospetto dee continuare a sussistere negli Stati austriaci, senza riguardo a distanze.

Dee continuare a sussistere quand' anche venga con ciò tolto prospetto, luce, aria al vicino, quand' anche gli venga arrecato qualunque incomodo o danno.

Le così dette servitù affermative non hanno bisogno quindi, come presso i Romani, di essere acquistate per contratto, sì bene le negative.

E non può negarsi che nei successivi §§ ei non provi validamente secondo il Codice austriaco la esattezza del principio che ha piantato e non combatta pur validamente le eccezioni che ad esso vengono opposte.

Sostiene perfino al § 44 che secondo il diritto privato si possa innalzare una fabbrica anche quando i vicini provino non aver l' edificante interesse nella costruzione ed essere la sua intenzione diretta solo a vessarli.

Sostiene quindi che secondo la legge civile si può costruire anche per *emulazione*.

Però al § stesso in fine raddolcisce la troppa durezza di tale principio osservando che l'autorità politica, senza l' assenso della quale non può essere innalzata nessuna costruzione, negherà por certo ad una costruzione per *emulazione* quell' assenso, perchè stabilita onde aver cura del bene generale dee anche vegliare, perchè venga tolta in origine ogni occasione di vicendevole inasprimento tra vicini, ch' è fonte di molteplici mali.

Abbandonando la quistione della *emulazione* dirò dunque essere principio del Codice civile austriaco che due proprietarii vicini possano, ognuno nel proprio fondo, edificare e piantare, ognuno nel suo muro aprire finestre, l' uno procacciarsi e togliere all' altro, aria, luce, prospetto, senza che sieno obbligati ad osservare distanze e quando anche vicendevolmente si arrechino incomodo, pericolo e danno.

La pratica dei Tribunali nel nostro regno non può essere e non è discorde da questa teorica.

Trovo in fatti nei motivi dei decreti di seconda e terza istanza riportati a pagine 46, 47 dell'*Eco dei Tribunali*, Sezione II anno 1853, applicate le massime seguenti.

Le vigenti leggi non prescrivono a chi fabbrica sul proprio, alcuna distanza dalla proprietà del vicino.

Digitized by Google

Puossi praticare nella propria casa una finestra che guarda nelle stanze o sulla proprietà del vicino, perchè si può disporre a talento di quella propria casa.

Ma non può essere vietato per lo stesso motivo al vicino cui tale soggezione torna incomoda di liberarsene coll' erigere entro i limiti della sua proprietà un opportuno ostacolo.

Chi fa uso del suo diritto nei giusti limiti non è tenuto pel danno che ad altri ne deriva (§ 1305) ecc.

Trovo pure nelle motivazioni delle sentenze di prima e seconda istanza riportate a pagine 221 del suddetto giornale anno 1854 applicato in ultima analisi il principio, che ognuno può fare piantagioni sul suo fondo secondo il Codice austriaco ove e come meglio gli piace senza riguardo a distanze, e che per conseguenza ognuno può farle anche recando incomodo, pericolo, danno al vicino.

E nei motivi delle sentenze di prima e terza istanza riportate a pagine 150 e seguenti del giornale di *Giurisprudenza pratica* di Venezia anno 1852 trovo espresso quanto segue.

Nessuna legge limita attualmente il proprietario nella disposizione di tutto il raggio d'aria perpendicolare al proprio fondo, quand'anche con quella disposizione possa essere menomata l'aria e la luce al fondo vicino.

Nessuna legge lo limita ad osservare prescritta distanza nella erezione e nella progressione della propria fabbrica dalla fabbrica altrui come altre legislazioni imponevano (§§ 297, 362, 364, 1305 del Codice austriaco).

Anzi l'aria e la luce può essere tolta al fondo dominante per espressa disposizione di legge, purchè mediante contratto o disposizione di ultima volontà o sentenza sopra divisione di un fondo comune, o prescrizione (§ 480) non siasi dal fondo dominante acquistato un titolo di servitù a carico del fondo serviente che gl' imponga obbligo di non togliere al detto fondo dominante l'aria e la luce (§§ 476, 480).

Questi motivi di giudicato sono perfettamente fondati nell' ora vigente diritto civile.

Esiterei poi a ritenere del tutto in esso fondati i motivi della sentenza d'appello riportati dal suddetto *Eco dei Tribunali* Sezione seconda, anno 1854, pag. 222.

Quei motivi, dopo aver riconosciuto che per la legislazione civile austriaca non è vietato in massima al proprietario di un muro di aprirvi finestre a suo comodo, soggiungono però che la legge modifica od impedisce quel diritto quando ne derivi danno al vicino.

Contro quei motivi si può dire:

Il proprietario pel § 362 del Codice austriaco ha il diritto di usare a piacimento della cosa sua.

Dunque ha il diritto di aprire a piacimento finestre nel proprio muro.

Esso però esercitando il suo diritto di proprietà non dee secondo il § 364 ledere i diritti altrui.

Ove leda quei diritti altrui non può esercitare il suo.

Dunque il proprietario di un muro non ha diritto di aprirvi finestre quando aprendole offenda il diritto di un altro.

Cioè quando offenda il diritto acquistato da un altro, ad un altro spettante.

Quale sarà poi questo diritto da un altro acquistato, ad un altro spettante a non ledere il quale il proprietario di un muro sia obbligato a non aprire in esso finestre a suo piacimento?

A parer mio esser dee un diritto che legalmente restringa e tolga l'innato diritto naturale di aprirle che gli spetta secondo il § 17 del Codice civile.

Dee essere un diritto che gli tolga di disporre secondo il § 362 liberamente della sua proprietà aprendole.

Cioè dee essere il diritto da un altro acquistato ad altri competente di vietargli di aprirle.

Digitized by Google

detto nell' annotazione *a* del Capo XIX e qualche altra servitù legale imposta dalle leggi politiche.

Esistono anche pel nostro Codice alcune servitù legali imposte dalla legge civile come quella dell' usufrutto del coniuge superstite nel caso dell' eredità intestata dal coniuge defunto preveduto dal § 757.

Ma queste sono eccezioni alla regola da quel Codice stabilita, che non vi abbiano come ho detto servitù legali.

Questa regola è deposta nel § 480, pel quale la disposizione della legge non è titolo per l'acquisizione delle servitù.

Tanto è vero che ivi, la disposizione della legge non apparisce fra i titoli delle servitù.

Quella regola non ha poi nel Codice eccezione alcuna portante che sia proibito per immediata disposizione di legge al proprietario di un muro di aprirvi finestre a suo piacimento.

Dunque non è esatto il dire che la legge modifichi od impedisca il diritto del proprietario di aprirle.

In egual modo non è esatto il dire che la legge modifichi od impedisca quel diritto quando ne derivi danno al vicino.

Non esiste come ho detto per immediata disposizione di legge nel vicino il diritto d' impedire che il proprietario apra nel suo muro finestre a suo piacimento.

Se non esiste quel diritto di proibizione nel vicino, il proprietario non è al caso di lederlo usando del suo diritto di aprire nel suo muro quelle finestre, perchè non si contravviene a ciò che non è proibito.

Ma se il proprietario non è al caso di lederlo, esercita aprendo quelle finestre il suo diritto nei giusti limiti perchè non offende nessuno.

E se esercita il suo diritto nei giusti limiti non è pel § 1305 responsabile del danno che al vicino ne può derivare.

Non è dunque il ripeto nemmeno esatto il dire che la legge modifichi ed impedisca il diritto del proprietario di aprire finestre nel suo muro a suo comodo quando ne derivi danno al vicino.

Il Codice austriaco esclude la immediata disposizione della legge come fondamento dell' acquisizione delle servitù prediali relative alla luce, all' aria ed al prospetto.

Esse pel § 480 si acquistano pel fondamento del contratto, della disposizione di ultima volontà, della sentenza del giudice nella divisione di un fondo comune e della prescrizione (usucapione).

Vi hanno poi pel suddetto Codice in questo riguardo le seguenti servitù prediali, per uno di quei fondamenti acquistate.

1.° Pel § 475 n. 3, quella di aprire finestre nell' altrui muro per aver luce o prospetto. Essa corrisponderebbe alle servitù *luminum et prospectus* del diritto romano.

2.° Pel § 476 n. 10, quella di non togliere la luce e l'aria all' edifizio dominante. Essa corrisponderebbe alla servitù *ne luminibus officiatur* del suddetto diritto.

3.° Pel § 476 n. 11, quella di non togliere al suddetto edifizio il prospetto. Essa corrisponderebbe alla servitù *ne prospectui officiatur* dei Romani.

4.° L' aprire finestre nel proprio muro per avere luce, aria, prospetto non è servitù perchè *res sua nulli servit*.

È l' esercizio del diritto di proprietà.

Ma può benissimo a parer mio esistere anche pel Codice austriaco la servitù di non potere, a vantaggio del vicino, aprire finestre nel proprio muro.

5.° Così sebbene i §§ 476 n. 10 e 488 parlino cumulativamente della luce e dell' aria, credo che possa esservi pel suddetto Codice servitù relativa alla sola luce e non all' aria.

Infatti i §§ 475-477 non enumerano tutte le servitù prediali possibili, ma solo le ordinarie, le principali.

Oltre alle enumerate, altre ne ponno esistere e fra queste altre, quelle ai num. 4 e 5.

Anche pel vigente Codice le servitù che contemplano la sola luce abbracciano di meno; quelle che contemplano luce ed aria e non prospetto abbracciano di più; quelle infine che contemplano il prospetto abbracciano di più ancora.

Ne desumo la prova dal § 488.

Infatti per esso il diritto di finestra non dà titolo che a luce e ad aria; dunque non a prospetto.

Digitized by Google

Quello di prospetto ha d' uopo di speciale concessione.

Quegli cui non compete diritto a prospetto può essere obbligato a munire la finestra d' inferriata.

Cioè la servitù di prospetto comprende di più di quella della luce e dell' aria.

Tanto è vero che la prima abbisogna di concessione speciale. Tanto è vero che chi ha diritto a prospetto non è obbligato a munire la finestra d' inferriata.

La servitù di luce e d' aria comprende di meno. Tanto è vero che la finestra dee essere chiusa da inferriata che impedisce il prospetto. Sicchè nella servitù di luce e di aria non havvi anche quella del prospetto; dunque havvi di meno.

Se fosse poi costituita la servitù della sola luce e non d' aria nè di prospetto credo che anche pel nostro Codice la finestra dovrebb' essere munita di tali presidii che non impedendo l' ingresso alla luce vietassero quello dell' aria ed impedissero il prospetto al di fuori.

È chiaro che così la servitù della sola luce darebbe di meno ancora.

È chiaro poi, come ho osservato al principio della presente annotazione, che si può aver sola luce senz' aria nè prospetto, e che allora si ha di meno; che avendo aria si ha necessariamente anche luce, ma non si dee avere necessariamente prospetto, e che allora si ha di più; che avendo poi prospetto si ha necessariamente anche luce ed aria, e che allora si ha di più ancora.

Due sentenze conformi riportate a pagine 243-245 dell' *Eco dei Tribunali* Sezione seconda anno 1854 giudicarono che il diritto di aprire finestra costituito anche senza limitazioni in servitù attiva sotto l' impero delle leggi statutarie milanesi ma esercitato sotto la legislazione austriaca non dava oggi titolo a prospetto, ma a sola luce ed aria, giacchè il prospetto avea d' uopo di speciale concessione.

Giudicarono così che la servitù di prospetto abbraccia di più, cioè anche luce ed aria, e che quella della luce e dell' aria non abbraccia il prospetto, cioè comprende di meno.

Abbiavi poi diritto o di luce o di aria o di prospetto, l' apertura che procaccia quei vantaggi dee pel § 488 giustamente inteso essere difesa onde non venga ad altri recato danno.

Difesa però in modo da non rendere vano l' esercizio della servitù.

Premesse queste osservazioni che spero non verranno trovate inutili, passo a ciò che l'autore dice su ognuna delle servitù prediali che fece oggetto dei Capi XXXIII, XXXIV, XXXV, XXXVI della sua opera.

Ciò facendo mi ripeterò talora. Ma lo ritengo necessario per valutar meglio taluna cosa esposta dall' autore.

Ho detto che l' interno di un edifizio è illuminato dalla luce che gli viene dal di fuori.

Ho detto che pel prospetto, da quell' interno si guarda al di fuori.

Spiego queste mie idee.

In quanto alla luce parlo naturalmente di quella del giorno.

Giorno è lo spazio di tempo dall' alzata al tramonto del sole.

Il sole fa il giorno.

La luce del giorno deriva dal sole, sia poi quell' astro visibile all' occhio o no.

L' interno di un edifizio ha dunque luce dal di fuori quando mediante finestre od altre aperture vi entri la luce del giorno prodotta dal sole.

L' interno di un edifizio mediante quelle finestre od aperture può aver luce dal di fuori anche quando da esse non si vegga il cielo nè penetri il raggio solare.

Altrimenti i siti di un edifizio, dalle cui finestre od aperture non possa vedersi il cielo nè penetrare il raggio del sole, non avrebbero luce.

Ma pur l' hanno o maggiore o minore.

Non mi sembra dunque esatto il dire che quando nell' interno di un edifizio dalle finestre od aperture non si vegga il cielo, ovvero il sole non vi abbia luce.

In quanto al prospetto al di fuori, un edifizio ne gode quando da esso coll' ajuto della

Digitized by Google

livello del suolo in piccolo cortile circondato da alte costruzioni, ovvero in una strada come quella dei nostri luoghi abitati di terraferma coperta da portici.

I siti interni di un edifizio hanno poi maggiore o minor luce o prospetto in ragione della loro posizione od altezza, delle aperture dalle quali penetra l'una o godesi l'altro, e degli oggetti esterni che ponno menomar l'una o limitare l'altro.

Diritto a prospetto e quindi diritto che non venga tolto il prospetto può poi aversi in genere per tutto un edifizio, od in ispecie per un dato sito di esso, come p. e. mediante una data finestra soltanto.

Nel primo caso dee essere dato e non dee essere tolto a tutto l'edifizio. Nel secondo a quel solo sito.

Il prospetto può aversi libero, cioè in guisa che non sieno posti o vengano tolti impedimenti allo spaziare illimitato dell'occhio in alto, al basso, ed all'intorno, ovvero limitato cioè ristretto a dato sito, estensione, distanza ecc.

Nel primo caso dee essere dato libero e non tolto in nessun modo. Nel secondo in quei limiti soltanto.

Può aversi, come dicono gli art. 678, 679 del Codice Napoleone, diretto, ovvero laterale ossia obbliquo.

Il primo hassi da aperture fatte in un muro paralello alla linea di separazione di due fondi. Il secondo da aperture in un muro che faccia angolo con quella linea.

In qualunque guisa poi si abbia diritto a prospetto e diritto che non sia tolto il prospetto, mi par certo, per quello che varie volte ho detto nella presente annotazione, che col prospetto è necessariamente congiunta anche la luce, mentre il diritto alla sola luce non comprende il prospetto.

Mi pare dunque certo che il diritto a prospetto abbracci di più e quello alla sola luce di meno.

Se ciò è certo non giungo ad intendere quel che dice l'autore, cioè che talora la servitù di prospetto comprenda di più e talora di meno di quella di non torre la luce, e che questa ultima servitù in alcuna parte contenga di più ed in altra meno, locchè non avviene nella servitù di prospetto.

Digitized by Google

CAPUT XXXIV.

DE SERVITUTE PROSPECTUS.

I. *Habet qui minus, minus etiam offendi debet, et hac ratione plus habet pauper, quam dives.* — II. *Beneficium qui ad suam collationem habet, non cadit in generali expectantium impetratione.* — III. *Servitus prospectus an differat a servitute ne prospectui officiatur.* — IV. *Verba, ne prospectui officiatur, futuri temporis sunt, quae actum prohibendi respiciunt, seu prospectum impediendi de futuro.*

Si quis mihi debet prospectum, non debet ut coelum videam, sed ut fenestra vel aliquo simili cooperta claritas diei ad me perveniat (1). *Sed qui debet lumen, oportet quod faciat ut coelum videri possit* (2), *ergo quicumque habet lumen, habet prospectum, sed non e contra : et quia ille cui prospectus debetur, minorem habet commoditatem in fruendo, quam ille cui debetur lumen, majorem habet potestatem in prohibendo, quam ille cui debetur servitus luminum : quia debens servitutem luminum, sufficit quod faciat ut coelum videri possit. Qui vero debet servitutem prospectus, non potest quicquam facere quod noceat ad gratiorem prospectum et liberum* (3).

I. Et est ratio [illegible]

CAPO XXXIV.

DELLA SERVITÙ DI PROSPETTO.

I. Quegli che ha meno, meno pure dev'essere offeso, e per questa ragione ha più il povero che il ricco. — II. Chi ha diritto di collazione ad un beneficio non è compreso nella generale preghiera degli aspettanti. — III. Se la servitù di prospetto differisca dalla servitù di non togliere il prospetto. — IV. Le parole *che non si tolga il prospetto* sono di tempo futuro e riguardano l'atto del proibire o d'impedire il prospetto in avvenire.

Se alcuno mi deve il prospetto, non me lo deve affinchè io vegga il cielo, ma perchè il chiuso lume del giorno giunga a me, o per la finestra o per alcunchè altro di simile. Ma quegli che deve la luce è forzato a far in modo che si possa vedere il cielo. Dunque chiunque ha la luce ha ancora il prospetto, ma non viceversa; e la ragione si è: che quegli cui è dovuta la servitù di prospetto ha minor comodo nel godere di quegli cui è dovuta la luce, ed ha maggior potere di proibire di quegli cui è dovuta la servitù della luce; imperocchè a quello che deve tal servitù non incombe altro peso che di far sì che si possa vedere il cielo; ma quegli che deve la servitù di prospetto non può fare checchessia di nocivo al prospetto gradevole e libero.

I. E la ragione è questa: perchè quando

Digitized by Google

unico vel brevi supellectili de offic. praesid. quae gloss. loquitur in porcello, qui dicitur esse oculus rustici: facit ad hoc text. in Clem. 1, § fin. ibi, unico lumine, de sent. excom.

II. *Et facit etiam ad q. de illo, qui ad suam collationem habet unum beneficium* (*), *quod illud non cadit in generali impetratione expectantium* (1), *et praedicta intellige, quando quis haberet servitutem prospectus certi loci tantum: in quo coelum videri non poterat, et ita intelligi gloss.* (2). *Sed si generaliter deberetur servitutes prospectus, scilicet domus, tunc etiam coelum videri debet, sicut in servitute luminum* (3), *quam Dd. communiter sequuntur: et idem etiam ego teneo: quando debetur servitus prospectus certi loci: ex quo coelum videri poterat tempore servitutis impositae* (4), *etiam ex inferioribus, et his casibus se haberent tamquam excedentia et excessa: quod declara ut dixi in servitute praecedenti.*

III. *Sed circa hanc servitutem videndum est, an differat ista servitus a praecedenti. Et licet Dd. hoc non tangant, imo promiscue loquantur de servitute prospectus, et ne prospectui officiatur, ac si esset unica tantum: tamen teneo quod sint duae differentiae: ut sentit etiam Azo in summa* (5), *et puto quod ista sit differentia: quoniam servitus prospectus est: quando non haberem fenestram vel foramen, ex quo prospectum habere possim: nec de jure illum habere valeam vicino nolente. Nam si vicinus permittit mihi, quod ego possim habere prospectum in domo mea in genere vel in tali camera in specie, potero fenestram facere: nec vicinus aliquid poterit facere quominus prospectum habeam ex fenestra illa: secundum ea quae supra dicta sunt in servitute praecedenti, vel si quando haberem fenestram, vel vicinus haberet aedificium suum impediens prospectum meum ex dicta fenestra: quo casu, si vicinus promittit mihi prospectum ex illa fenestra, illud aedificium deponere cogitur, ad hoc, ut ex illa fenestra vel loco possit secundum*

(1) *De qua q. vide per Arch. et Dd. in c. si pro Clericis, de praeb. in 6. et per gloss. et Dd. in Clem. 1. de concess. praeb.*

(2) *In fin. in d. l. inter servitutes.*

il ricco, come reca la glossa che parla del porcello, che si dice esser l'occhio del villano. Vale di sostegno a tale opinione il testo delle Clementine 1 § fin. *De sent. excom.*

II. E vale altresì per la quistione intorno a quegli che ha un beneficio (*) alla sua collazione, perchè questo non cade nella generale preghiera degli aspettanti. Le predette cose intendi aver luogo allorquando alcuno avesse la servitù di prospetto di un determinato luogo soltanto, nel quale non potesse vedere il cielo, e quest'è pure sentimento della glossa. Ma se la servitù di prospetto, verbigrazia della casa, fosse dovuta in genere, allora anche il cielo dovrebbe esser veduto, come nella servitù della luce; e questo è voluto dalla glossa ch'è seguita comunemente dai Dottori; e lo stesso ritengo ancor io, quando fosse dovuta la servitù di prospetto d'un luogo determinato, dal quale si poteva mirar lo cielo nel tempo in cui fu imposta, anche dalle parti inferiori; ed in questi casi si stimerebbero cose eccedenti ed esorbitanti; lo che spiega giusta quanto ho detto nella servitù precedente (*a*).

III. Ma intorno questa servitù dobbiamo osservare se differisca dalla antecedente. E sebbene i Dottori non tocchino di ciò, anzi comunemente parlino delle servitù di prospetto e di non torre il prospetto come se fossero una sola; tuttavolta ritengo che tra loro vi sieno due differenze, come dice Azzone nella Somma. E stimo esser questa una differenza: che la servitù di prospetto ha luogo, allorchè io non avessi finestra o forame dal quale potessi godere il prospetto, nè per diritto potessi averla, proibendolo il vicino. Conciossiachè se il vicino mi permetta in genere ch'io abbia il prospetto nella casa mia, oppure in ispecie in una camera determinata, potrò aprir la finestra; nè il vicino potrà fare alcun'opra che m'impedisca d'aver il prospetto da quella, giusta ciò che sopra fu detto nell'antecedente servitù. Oppure ha luogo, allorquando io avessi la finestra, ed il vicino col suo edificio m'impedisse il prospetto di essa; nel qual caso se il vicino mi promette il prospetto da quella finestra, è forzato ad abbassare il suo edificio per lo scopo che da essa finestra o luogo io possa godere il pro-

(3) *Ut probatur in l. lumen, de servitut. urban. praedior. et hoc vult d. gloss. 2. in fin.*

(4) *Per d. l. lumen, ibi.*

(5) *C. de servit, § sunt autem.*

Digitized by Google

praedicta prospectus haberi, et hoc sonant verba illa: Ut prospectus praestetur: quae sunt futuri temporis, et praesupponunt quod ante constitutam servitutem prospectus non erat: quia regulariter mihi dari aut concedi non potest quod habeo (1). *Sed servitus, ne prospectui officiatur, est quando habeo fenestram vel habere possum in muro meo, et tu qui aedificare posses in tuo, et mihi impedire prospectum* (2), *promittis non incommodare meo prospectui: hoc casu est servitus ne prospectui officiatur, et isto modo intellige* l. 2, et l. inter servitutes in princ. cum l. seq. eod. tit.

IV. *Ista enim verba, ne prospectui officiatur, sunt futuri temporis, quae actum prohibendi respiciunt, seu prospectum impediendi de futuro: et per consequens praesupponunt prospectum me habere ante constitutionem servitutis: quia privatio praesupponit habitum* (3). *Illa vero verba, ut prospectus praestetur, sunt similiter de futuro, sed respiciunt concessionem prospectus de futuro, et sic ante constitutionem servitutis ipsum non habebant; et haec differentia satis probari videtur* in d. l. lumin. de servitut. urban. praed. *et per id quod ibi not. per Barthol. et Flor. et per id quod dicam in seq. ser.* (4). *Tamen, ut refert Barthol., posset etiam forte dici, quod sit alia differentia, sicut est in simili inter servitutem luminum, et servitutem ne luminibus officiatur* (5). *Et ad declarationem hujus servitutis vide quae dicta sunt in praecod. servit. quia huic plurimum conveniunt.*

(1) *Arg. Inst. de action.* § *aeque, ver. ei vero qui possidet cum similib.*

(2) *Juxta l. qui luminib. cum ibi not. de servitut. urban. praed.*

(*) *Beneficium.* Utrum habens beneficium in commenda, teneatur servare Ecclesiam in statu suo, Respon. Pan. (1) quod sic; nec potest aliquid de statu Ecclesiae diminuere, sed de superfluo potest sibi providere, alia non, vide Alexand. *in* 2. *volum. consil.* 12. *in fin.*

(1) *In c. de Monach. de praeb.*

spetto, secondo le predette cose. Questo suonano quelle parole: *Affinchè sia dato il prospetto*, le quali sono di tempo futuro e fanno presumere che innanzi la costituzione della servitù non vi fosse prospetto; perchè di regola non mi può esser dato o concesso ciò ch' è in mio potere. Ma la servitù di non torre il prospetto nasce allorquando io abbia o possa avere la finestra nel mio muro, e tu che puoi fabbricare nel tuo ed impedirmi il prospetto, prometti di non togliermelo. In questo caso sorge la servitù di non torre il prospetto, ed in tal guisa dev'essere intesa la legge 2 e la legge *inter servit. in princ.* colla seguente *ff. De serv. urb. praed.*

IV. Imperocchè le parole: *Affinchè non sia tolto il prospetto* sono di tempo futuro e riguardano l'atto di proibire ovvero d'impedire il prospetto in avvenire, e per conseguenza fanno presumere ch'io lo avessi prima che la servitù fosse costituita; avvegnachè la privazione presuppone l'abitudine. Le parole poi *affinchè sia dato il prospetto*, sono similmente di tempo futuro, ma riguardano la concessione del prospetto nell'avvenire e però fanno presumere ch' io non lo avessi prima della costituzione della servitù. E questa differenza sembra abbastanza provata nella legge *lumin. ff. De serv. urb. praed.*, e per ciò che su quella dicono Bartolo e Floriano, e per ciò ancora ch' io dirò nella seguente servitù. Nondimeno, come pensa lo stesso Bartolo, fors'anche potrebbe dirsi che v' ha un'altra differenza, come per simiglianza vi è fra la servitù della luce e quella di non torre la luce; e a spiegazione di questa servitù vedi quello che fu detto circa la precedente, perchè a questa ottimamente si conviene (*b*).

(3) *L. manumissiones, de just. et jur. cum simil.*

(4) *Vers. quidam.*

(5) *De qua habetur in d. l. luminum, et statim dicam in seq. serv.*

(*) *Beneficio.* Se chi ha un beneficio in commenda sia obbligato a conservare la Chiesa nel suo stato. Risponde il Palermitano che sì; nè può deteriorarlo in alcun modo, benchè possa consumare il superfluo, ed alle volte neppure, vedi Alessand. *nel* 2 *volum., consil.* 12, *in fine.*

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO XXXIV.

(*a*) Come rilevasi anche dall' antecedente annotazione, tanto pel Codice Napoleone quanto per l' austriaco le servitù riguardanti il prospetto esser ponno le seguenti.

1.° Alla libertà di un proprietario di muro comune od esclusivamente suo di vietare che il comproprietario od il vicino faccia in esso finestre od aperture onde procacciarsi prospetto è contrapposta la servitù di dover permettergli di farlo.

2.° Alla libertà del proprietario di togliere con opere sul proprio fondo il prospetto al vicino è contrapposta la servitù di non potergliele torre.

3.° Alla libertà del proprietario di aprire sul proprio, legge, sporti, finestre onde avere sul fondo del vicino prospetto è contrapposta a vantaggio del vicino la servitù di non poter farlo.

A queste servitù si riferisce ciò che ora vengo ad osservare su talune cose dette dal nostro autore.

Se alcuno mi deve il prospetto, me lo deve per quanto esso sia possibile e sia stato stabilito che io lo abbia.

Quindi anche colla vista del cielo se dall' edifizio il cielo può esser veduto.

Quegli che mi deve la luce è forzato a fare in modo che io possa vedere il cielo, quando dalle finestre od aperture dell' edifizio si possa vedere.

Infatti se chi mi deve la luce fosse forzato sempre a farmi vedere il cielo, non sarebbe possibile servitù di luce per tutti quei siti di un edifizio dalle finestre od aperture dei quali non si vede naturalmente il cielo.

Ciò mi sembra un assurdo, perchè dalle finestre od aperture di molti siti di un edifizio non si può vedere il cielo, come p. e. accade per molte finestre delle case nella città di Venezia. Eppure anche da finestre ed aperture da cui non si vegga il cielo può entrare ed entra luce; dunque è possibile servitù di luce.

Non posso ammettere poi che chiunque ha luce abbia anche prospetto.

Nell' antecedente annotazione ho cercato di dimostrare anche colle disposizioni dei Codici Napoleone ed austriaco, che chi ha sola luce non ha prospetto, e viceversa che chi ha prospetto ha necessariamente anche luce.

(*b*) Ho pur detto nell' antecedente annotazione che pel diritto romano le servitù di prospetto e di non togliere il prospetto ad avviso degli scrittori ivi citati si confondevano in una sola e veramente in quella d' impedire al vicino di togliere con costruzioni od in altra guisa il prospetto del quale in generale o su un dato oggetto godeva un edifizio od un fondo.

Però il nostro autore nel presente capo ritiene esistere differenza tra la servitù di dare e quella di non togliere il prospetto.

Ecco, se bene l' ho raccolto, com' egli ragiona:

1.° Io non ho, nè invito il vicino posso avere finestra od altra apertura onde godere sul fondo di esso prospetto.

Ma il vicino mi accorda questo prospetto.

Allora posso aprire finestra od altro foro, ed egli non può fare alcun' opera che mi tolga il prospetto che così mi procaccio.

In tal caso ho veramente la servitù di prospetto.

2.° Ovvero: Io ho quella finestra od apertura, ed il vicino col suo edificio mi toglie il prospetto da essa.

Ma egli mi accorda quel prospetto.

Allora dee abbassare il proprio edifizio perchè io ne goda.

Anche in questo caso ho veramente servitù di prospetto.

3.° Invece: Io ho o posso avere finestra od altra apertura nel mio muro.

Ma il vicino che edificare potrebbe sul suo fondo onde togliermi da esso il prospetto si obbliga a non edificare, e quindi a non togliermelo.

In questo caso havvi veramente la servitù di non togliere il prospetto.

Ma, a dir vero, ragionando in questo modo il nostro autore, a mio credere, non prova fuor d' ogni dubbio che abbiavi differenza fra le due servitù. Infatti:

Digitized by Google

Se nel primo caso il vicino accordandomi il prospetto non può far opere per togliermelo, non ha nel tempo stesso l'obbligo di non togliermelo?

E se nel secondo caso il vicino accordandomi il prospetto abbassa il proprio edifizio che m'impedisce di goderne, non lo abbassa perchè ha in modo eguale l'obbligo corrispondente di non togliermelo?

Ora se in ambedue i casi il vicino coll'accordarmi il prospetto dee fare in modo da non togliermelo, non potrebbe per avventura dirsi che, per lo stesso ragionamento dell'autore, la servitù di prospetto si risolve in quella di non toglierlo e che veramente fra le due servitù non havvi differenza?

Non potrebbe dirsi che anche nei due primi casi si tratti della servitù di non togliere il prospetto, come di essa si tratta nel terzo?

Però, sebbene da un lato il suddetto ragionamento non mi convinca del tutto della solidità sua, e sebbene d'altro lato il Mackeldey nella nota *q* al § 289 del suo Manuale osservi avere gli scrittori moderni opinioni differenti su quelle due servitù, pure opino che fra l'una e l'altra, anche pel diritto romano, vi dovesse essere differenza.

Infatti, a mio avviso, altro è dare, altro è non togliere il prospetto.

Si dà a chi non lo ha. Ma a chi non lo ha, od almeno non può averlo, nè si toglie nè non si toglie.

Sarà conseguenza dell'avere accordato il prospetto, quella di non poter toglierlo.

Ma non posso persuadermi che non togliermi un prospetto che dunque ho, o che almeno posso avere, sia lo stesso che darmi un prospetto che dunque non ho, perchè se lo avessi non farebbe bisogno che mi fosse dato.

Pei Codici Napoleone ed austriaco questa differenza tra le due servitù di dare e di non togliere il prospetto esiste, a mio credere, indubbiamente.

1.° La mia libertà naturale, se in nessun modo limitata, di aver prospetto sul fondo del vicino, e la libertà eguale del vicino di togliermelo, non sono servitù ma emanazioni del nostro rispettivo diritto di proprietà.

Ma allora sorge la servitù, quando il vicino che può togliermi il prospetto sul suo fondo è aggravato dall'obbligo di non togliermelo.

Questa, come si vede, è la servitù di non torre il prospetto.

2.° Emanazione del mio diritto di proprietà è il diritto di vietare che il vicino formi finestre od aperture nel mio muro o nel muro fra noi comune per avere prospetto.

Perchè io non abbia questo diritto fa d'uopo che il vicino abbia specialmente acquistato l'altro diritto di formarle per avere quel prospetto.

Acquistatolo in mio confronto, havvi la servitù di prospetto.

È vero che un prospetto in mio confronto acquistato non può da me essere tolto.

Ma, come ho osservato di sopra, veramente altro è dare ed altro è non togliere il prospetto.

Dunque fra le due servitù havvi differenza.

Per la servitù di prospetto si ha diritto di aprire finestre od altri fori nel muro altrui e comune.

Per la servitù di non togliere il prospetto, esso non dee esser tolto nemmeno alle finestre, ai fori del muro, nemmeno all'edifizio, al fondo, che ne gode.

La prima per l'art. 689 del Codice Napoleone è apparente; la seconda non apparente.

Per la prima secondo il § 475 n. 3 del Codice austriaco si ha il diritto di aprire finestre nel muro altrui (o comune), per ottenere da esse un prospetto che non si ha.

Per la seconda in forza al § 476 n. 11 di quest'ultimo Codice si ha il diritto che non venga tolto un prospetto che già si ha.

Tutto ciò mi persuade sempre più che per ambedue quei Codici altro sia la servitù di dare ed altro quella di non togliere il prospetto.

E l'una e l'altra servitù ponno aver poi latitudine maggiore o minore.

Ove possano essere acquistate mediante possesso inducente prescrizione appunto acquisitiva (usucapione) il possesso ne regola la latitudine.

Cioè secondo la massima di diritto *tantum praescriptum quantum possessum*, sono acquistate nella latitudine nella quale sono state e sono possedute.

Ove sieno acquistate poi in forza a titoli, credo che nel giudicare della latitudine di esse debbano aversi presenti i seguenti due principii.

Il primo che, ove dalle espressioni o dal senso rettamente interpretato del titolo non

Digitized by Google

risulti indubbiamente una cosa diversa, la latitudine nella quale sono state acquistate si riferisce soltanto allo stato dei luoghi esistente al momento dell'acquisizione.

Il secondo ch' essendo quelle servitù una restrizione della libertà del fondo serviente, dev'essere, come dice l'art. 702 del Codice Napoleone, fatto uso di esse secondo il titolo, ma senza che venga resa più onerosa la condizione di quel fondo, ed il possessore del fondo dominante può bensì, come dice il § 484 del Codice austriaco, esercitare a suo grado (cioè secondo il titolo) il proprio diritto; ma le suddette servitù, per quanto il comportino l'indole e lo scopo di esse, non si deggiono estendere, anzi deggionsi restringere.

Ciò tutto poi vuol dire che per ambedue quei Codici al fondo serviente dee essere recato minore e non maggiore aggravio.

1.° Perciò se fu acquistata servitù di aprire finestre nel muro altrui o comune per lo scopo non soggiacente a dubbio di avere per esse prospetto illimitato, p. e. su tutt' i dintorni della città e della campagna; ovvero prospetto limitato, p. è. su una data contrada della città; il proprietario del fondo serviente non potrà fare costruzioni o piantagioni che tolgano quel prospetto illimitato o limitato, ma dovrà anche levare le proprie costruzioni o piantagioni che lo impedissero.

Ma se fu acquistata semplicemente la servitù di aprire finestre nel muro altrui o comune per lo scopo di avere prospetto, senza però che dalle espressioni o dal senso rettamente interpretato del titolo risulti indubbiamente la maggiore o minore latitudine di quel prospetto, credo che non sarà stato acquistato altro che il prospetto che al momento dell'acquisizione della servitù si poteva naturalmente avere per l'allora esistente stato dei luoghi.

Quindi credo che il proprietario del fondo serviente sarà obbligato a non renderlo mediante costruzioni o piantagioni più limitato di quel che secondo lo stato dei luoghi poteva essere al momento dell'acquisizione della servitù.

Ma credo anche che non sarà obbligato a levare le proprie costruzioni e piantagioni a quel momento esistenti, per darlo più ampio di quello che allora poteva essere.

2.° E se fu acquistata la servitù che non venga tolto il prospetto illimitato o limitato del quale ho parlato al n. 1, credo che il proprietario del fondo serviente non potrà toglierlo edificando o piantando, e credo che dovrà anche levare quelle proprie costruzioni o piantagioni che lo togliessero.

Ma se fu semplicemente acquistata, come pure ho detto al n. 1, la servitù che non venga tolto il prospetto senza che indubbiamente risulti in quale maggiore o minore latitudine sia proibito di toglierlo, credo che sarà proibito al proprietario del fondo serviente di togliere quel solo prospetto che al momento dell'acquisizione della servitù era goduto per lo stato esistente dei luoghi dal proprietario del fondo dominante.

Quindi il proprietario del fondo serviente sarà obbligato a non togliere questo prospetto coll'edificare o col piantare. Ma non sarà obbligato a levare le proprie costruzioni o piantagioni già esistenti al momento dell'acquisizione della servitù.

Se fosse obbligato a levarle, non sarebbe limitato a non togliere, quindi a conservare il prospetto ch'esistesse. Darebbe invece un nuovo prospetto fino a quel momento non esistente.

3.° Ho detto ai n. 1 e 2, che chi è aggravato delle servitù di dare o di non togliere il prospetto, non può toglierlo edificando o piantando, e dee talora levare le proprie costruzioni o piantagioni che lo impedissero.

Per darlo o per non toglierlo è egli per avventura anche obbligato ad impedire, od a fare levare costruzioni o piantagioni di un terzo estraneo all'acquisizione delle suddette servitù?

Se a far ciò non si è specialmente obbligato verso il proprietario del fondo dominante, mi sembra di no.

In regola nessuno è obbligato se non per sè pei fatti e per le ommissioni che da lui dipendono, non per ciò ch'esclusivamente da un terzo dipende.

Chi dunque è obbligato a dare ed a non togliere il prospetto, in regola non è tenuto ad impedire o a far levare le costruzioni o piantagioni altrui.

Ma se a ciò si è specialmente obbligato verso il proprietario del fondo dominante, è tenuto a farlo in seguito appunto alla speciale assunta obbligazione, in forza alla obbligazione aggiunta alla servitù.

Digitized by Google

E se non gli riesce di farlo, dee indennizzare quel proprietario del danno derivante dall'inadempimento di quella sua obbligazione.

Così dovrebbe, a parer mio, giudicarsi anche per l'analogia degli art. 1119, 1120 del Codice Napoleone e del § 881 del Codice austriaco.

Per quelle disposizioni ognuno in regola si obbliga per sè e non per altri.

Ma se ha promesso il fatto di un terzo, dee adempiere la promessa e prestare, in caso di non adempimento, indennizzazione.

Finalmente non è servitù nè di avere nè di non togliere il prospetto quella che mi priva della libertà naturale di avere sul fondo del vicino prospetto, libertà della quale parla il Pagani al n. 1 dell'articolo *prospetto* nel suo Repertorio.

È invece la servitù di non avere, di essere privato del prospetto.

Se per questa ultima servitù non posso poi sollevare il mio muro per procacciarmi una vedetta sul fondo altrui, vi potrebb'essere la servitù *altius non tollendi*.

Che se non posso fare opere nel mio muro che mi dieno prospetto sul fondo altrui, esisterebbe allora la servitù di non avere prospetto da me accennata al n. 3 dell'annotazione *a* del presente Capo.

Digitized by Google

CAPUT XXXV.

DE SERVITUTE LUMINUM.

I. *Servitus luminum, et servitus ne luminibus officiatur, quomodo differant.* — II. *Negatio totum negat, sed affirmatio non totum affirmat, et ideo plus negat negatio, quam affirmatio affirmet.* — III. *Servitutis natura non est, ut quis aliquid faciat.* — IV. *Qui servitutem luminum debet, aedificare potest, et altius tollere.*

I. *Servitus luminum est diversa a servitute ne luminibus officiatur* (1), *quia servitus luminum minus continet, quam servitus ne luminibus officiatur* (2). *Et differentia est ista: nam ille qui debet servitutem luminum mihi, potest altius aedificare, dummodo servet tantum lumen, quod mihi sufficiat, et ideo si habeo plures fenestras in parietibus meis, et per unam solam habeo tantum lumen, quantum mihi sufficit: ille qui debet mihi servitutem luminum, aedificare poterit, et auferre lumina aliarum, et unam tantum observare, quae mihi sufficiat. Sed ille qui debet servitutem ne luminibus officiatur, non poterit aliquid facere per quod de lumine, quod habeo, aliquid diminuatur, posito quod habeam ultra quam expediat; et ideo si habeo plures fenestras in pariete meo, nulli earum poterit aedificando nocere*

CAPO XXXV.

DELLA SERVITÙ DELLA LUCE.

I. Qual differenza esista fra la servitù della luce e quella di non torre la luce. — II. La negazione nega tutto, ma l'affermazione non afferma tutto, e però più nega la negazione che non affermi l'affermazione. — III. Non è natura della servitù che taluno faccia qualche cosa. — IV. Chi deve la servitù della luce, può fabbricare ed erger più alto.

I. La servitù della luce è differente da quella di non torre la luce, avvengachè la prima comprenda meno che la seconda. E la differenza si è questa: che quegli che mi deve la servitù della luce può fabbricare più alto purchè mi conservi tanta luce che basti: e però se io ho parecchie finestre nelle mie pareti e da una sola ritraggo tanto lume quanto mi sia sufficiente, quegli che mi deve tale servitù potrà fabbricare e torre il lume alle altre, purchè ne conservi tanto ad una che possa bastarmi. Ma quegli che deve la servitù di non torre la luce non potrà fare alcun'opra per la quale in qualsivoglia parte venga diminuita la luce di cui godo, anche posto ch' io n'abbia più che non occorra. E perciò se ho parecchie finestre nel mio muro, a nessuna di esse potrà impedire la luce col fabbricare o con altro, benchè per godere del lume mi

Digitized by Google

istum puto proprium intellectum illius l. et ratio potest considerari.

II. *Quia negatio totum negat, sed affirmatio non* (*) *totum affirmat: et ideo dicitur, plus negat negatio, quam affirmat affirmatio* (1), *quae est gloss. magna* (2) *et not. Anton. de Butr.* (3) *et Alb. de Ros.* (4). *Et hac ratione videtur dici posse eamdem esse differentiam inter servitutem, ut prospectus praestetur, et servitutem ne prospectui officiatur* (5). *Item est alia differentia similis inter servitutem luminum, et servitutem ne luminibus officiatur: quia servitus, ne luminibus officiatur, plus habet in se: nam ille qui debet mihi servitutem ne luminibus officiatur, nullo modo potest aedificare, aut altius tollere, per quod officiatur luminibus meis: ut patet ex natura verborum negativorum, quae ut dixi in totum negant* (6), *sed servitus luminum habet in se minus: nam ille qui debet servitutem luminum, aedificare potest et altius tollere, dummodo lumen sic recipiat, ut ad me venire possit, etiam per foramen vel quomodocunque* (7), *et ista opin. gloss. communiter servatur, secundum Barthol. et Flor. ibi. Quidam tamen, ut refert Barthol. et Flor. ibidem, dicunt totum e contra: videlicet quod plus sit promittere servitutem luminum, nam qui hoc promittit, non solum non potest altius elevare, sed oportet etiam ut illud quod est factum destruat, ad hoc ut mihi lumen fiat; sed in servitute ne luminibus officiatur, sufficit quod altius non tollatur, et pro ista opin. facit quod dixi in praecedenti servitute. Dixit tamen Barthol.* (8) *quod opin. praecedens gloss. communiter observatur, et ista secunda opinio non videtur vera.*

III. *Quia de natura servitutis non est: ut aliquid faciat quis* (9). *Sed tamen potest dici dictam opinionem sustentando, quod illud quod dicitur de natura servitutis non esse, quod ille qui debet aliquid faciat, pro-*

anzi questa io penso esser vera interpretazione di detta legge; e la ragione può stimarsi che sia la seguente:

II. Che la negazione nega tutto, ma l'affermazione non (*) tutto afferma, e però si dice che più nega la negazione, che non affermi l'affermazione; come si ritrae dalla *Glossa Magna*, da Antonio da Butrio e da Alberico da Rosate. E per questo motivo sembra potersi dire che vi sia la stessa differenza fra la servitù di dare il prospetto e quella di non torlo. Del pari v' ha un'altra simile differenza fra la servitù della luce e quella di non torre la luce, perchè la servitù di non torre la luce comprende di più; avvegnachè quegli che mi deve così fatta servitù non possa fabbricare od innalzare in modo alcuno pel quale m' impedisca la luce, come si fa manifesto per la natura delle parole negative, che, come dissi, negano interamente. Ma la servitù della luce in sè comprende di meno; imperocchè quegli che deve tal servitù può fabbricare ed erger più alto, purchè conservi il lume in guisa che possa giungere a me, anche per un foro od in qualsivoglia altro modo; com' è opinione della glossa, ch' è seguita comunemente, secondo Bartolo e Floriano. Alcuni però, come riferiscono gli stessi, dicono tutto al contrario; cioè che il promettere la servitù della luce contenga di più, perchè quegli che la promise, non solo non può erger più alto, ma è altresì costretto a demolire ciò che fu fabbricato, affinchè io goda della luce; mentre nella servitù di non torre la luce basta che non s'erga più alto; ed a sostegno di questa opinione vale quanto esposi nella servitù antecedente. Tuttavolta Bartolo disse che la prima opinione della glossa è comunemente accolta, e che questa seconda non sembra vera.

III. Perchè non è proprio della servitù ch'alcuno faccia qualche cosa. A difesa della detta opinione può dirsi nondimeno, che ciò che si afferma non essere proprio della servitù, cioè che quegli che la deve faccia

Digitized by Google

tacite actum esset (4). *Nam quando quis servitutem luminum mihi promittit: et tunc si non habeo lumen, tacite sub intelligitur quod deponatur aedificium, ut lumen habeam: quia qui promittit consequens, tacite videtur promittere antecedens, sine quo illud consequens stare non posset* (2). *Et haec faciunt pro his quae dixi in servitute praeced. Et propterea ego sic dicerem in hac materia. Aut ille, cui servitus luminum promittitur, vel ne luminibus officiatur, habet lumen vel lumina ante impositionem servitutis: puta quia habet plures fenestras ex quibus lumen videri potest, id est, coelum* (3), *et tunc plus continet servitus ne luminibus officiatur, quam servitus luminum: et sic dictae duae differentiae, de quibus dictum est supra, procedant, et sic etiam procedat opin. gloss.* (4), *quae communiter secundum Barthol. servatur. Aut ille cui promittitur servitus hujusmodi, non habet aliquod lumen propter quod coelum videri possit, puta propter aedificium vicini obstantis: et tunc procedat alia opin. videlicet ut servitus luminum plus contineat, quia non possem habere servitutem, nisi aedificium tuum deponas; promittendo ergo lumen ut coelum videre possim, videris tacite promittere deponere aedificium tuum, propter quod lumen habere non possim: et servitus ne luminibus officiatur, tunc continet minus: quia non promitto tibi aliquid facere, neque ut aliquid habeas: sed promitto tantum non facere, videlicet non nocere luminib. tuis de futuro: et ideo sufficit quod non noceam post impositam servitutem per aliquem actum meum sequentem: puta aedificando, vel aliter: et hoc videtur velle text.* (5). *Sed contra opin. gloss. communem, quam sequitur Barthol.* (6), *potest opponi: quia secundum eam in effectu nulla videtur esse differentia inter servitutem luminum, et servitutem ne luminibus officiatur.*

IV. *Nam secundum gloss. praedictam, qui debet servitutem luminum, potest aedificare et altius tollere, sed ille qui debet*

fosse stato tacitamente convenuto. Imperocchè se alcuno mi promette la servitù della luce, in tal caso se io non ne ho, tacitamente si sottintende che l'edifizio sia abbassato, affinchè io goda del lume; essendochè chi promette il conseguente, sembri tacitamente promettere l'antecedente, senza il quale il conseguente star non potrebbe. Queste cose valgono a sostegno di ciò ch'io dissi nell'anteriore servitù. Per la qual cosa io così conchiuderei in questa materia. O quegli al quale è promessa la servitù della luce, o di non torre la luce, ha lume o lumi prima dell'imposizione della servitù; verbigrazia, perchè ha parecchie finestre dalle quali ritragge la luce, cioè può scorgere il cielo; ed allora la servitù di non torre la luce contiene di più della servitù della luce, e così hanno luogo le dette due differenze delle quali dianzi parlai, e così pure ha luogo l'opinione della glossa, che, secondo Bartolo, è comunemente seguita. O quegli cui è promessa cosiffatta servitù non ha alcuna finestra per la quale possa scorgere il cielo, per esempio, a cagione dell'edificio del vicino che nol permette; ed in tal caso ha luogo l'altra opinione, cioè, che la servitù della luce contenga di più, perchè io non posso godere la servitù se tu non abbassi il tuo edifizio. Pertanto col promettere il lume affinchè io possa vedere il cielo, sembri tacitamente promettermi di abbassare il tuo edificio, a cagione del quale non posso godere del lume; ed allora la servitù di non torre la luce contiene di meno, avvegnachè io non ti prometta di far qualche cosa, nè che tu abbia qualche cosa, ma ti prometta soltanto di non fare, cioè di non impedirti la luce in futuro; e però basta ch'io non nuoca alla tua luce con alcun atto successivo, dopo che la servitù fu imposta, verbigrazia, col fabbricare, o con altro; e questo sembra volere il testo. Ma contro l'opinione comune della glossa, seguita da Bartolo, può opporsi che secondo quella non sembra esservi in effetto alcuna differenza tra la servitù della luce e quella di non torre la luce.

IV. Imperocchè, secondo la stessa, quegli che deve la servitù della luce, può fabbricare ed ergere più alto; ma quegli che

Digitized by Google

ramus, idem videtur esse in utroque casu: quia quando debetur servitus luminum: si vult aedificare, et non tollere lumen, ita quod coelum videri possit: et tunc potest (1). *Si vult aedificare, et lumen tollere, ita quod coelum videri non possit: et tunc non poterit* (2), *eodem modo videtur esse in servitute, ne luminibus officiatur: quia si vult aedificare et tollere lumen ne coelum videri possit, et non potest* (3). *Aut vult aedificare, et lumen non tollere, id est, quod coelum videri potuerit: et tunc quod possit,* d. l. luminum ibi, *itaque imminuere lumina nostrorum aedificiorum. Sed potest responderi huic oppositioni. et salvari gloss. et communis opin. sic: quia qui debet servitutem luminum, potest aedificare et obscurare locum, cui servitus debetur, dummodo lumen, id est coelum videri possit* (4). *Sed qui debet servitutem, ne luminibus officiatur, nedum non potest aedificando tollere lumen, ita ut coelum videri non possit, ut ibi, sed etiam non potest vel altius tollendo minuere lumina nostrorum aedificiorum* (5), *et intellige minuere lumina non solum si aufertur lumen, ut coelum videri non possit* (6), *sed etiam ne lumina obscuriora fiant: puta quando tolleretur ingressus solis, qui esset multum necessarius* (7). *Item ista servitus luminum minus continet, quam illa, ne prospectui officiatur, et adde quae dixi supra de ser. altius non tollendi* 2 *q. et vide omnino quae dicam in seq. servitute.*

(1) *Ut d. l. luminum conjuncta l. lumen. eod. titul.*
(2) *Per d. l. lumen.*
(3) *Casus est in d. l. lumen, in fin.*
(4) *Ita loquitur d. l. luminum, in princ. conjuncta l. lumen, in princ. de servitut. urbanor. praedior.*

mo, vediamo essere la stessa cosa in ambi i casi; essendochè nella servitù della luce quegli che la deve, se vuol fabbricare in guisa da non torre il lume a quello cui è dovuta e lasciargli vedere il cielo, il può fare. Che se vuol fabbricare e togliergli il lume così che non possa mirar lo cielo, ed allora nol può. Lo stesso sembra accadere nella servitù di non torre la luce; perchè se chi la deve, vuol fabbricare e torre il lume all'altro in guisa che non possa vedere il cielo, nol può fare; e se vuol fabbricare e non togliergli il lume, cioè se vuol lasciargli vedere il cielo, in tal caso lo può; per la qual cosa potrà *diminuire la luce dei nostri edificii*, giusta la citata legge *luminum ff. D. de serv. urb. praed.* Ma a questa obbiezione si può rispondere nel modo seguente, e salvare la glossa e la comune opinione de' Dottori; cioè che quegli che deve la servitù della luce può fabbricare e far oscuro il luogo cui è dovuta, purchè gli lasci tanto lume che basti, cioè la possibilità di vedere il cielo. Ma chi deve la servitù di non torre la luce, non solamente non può col fabbricare togliere il lume così che non si possa mirar lo cielo, ma eziandio non può coll'innalzare diminuir la luce dei nostri edificii; ed intendi le parole *diminuire la luce*, non solo nel senso di torre il lume in guisa che non si possa vedere il cielo, ma eziandio nel senso di non oscurarlo, come allorquando s' impedisse l'ingresso del sole che fosse molto necessario. Parimente questa servitù della luce contiene meno di quella di non torre il prospetto. Aggiungi quivi quello che dissi nella servitù di *non innalzare* quest. 2, e vedi pure quanto dirò nella seguente servitù (*a*).

(5) *Per text. in d. l. luminum in fin.*
(6) *Ut d. l. lumen.*
(7) *Ut est casus in l. si arborum in princip. eod. titul. et dicam etiam in seq. servit. in 4. quaest.*

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO XXXV.

(a) Con qualche modificazione e con qualche aggiunta, è applicabile alla servitù della luce quello che ho detto nell' antecedente annotazione sulla servitù del prospetto.

Anche pei Codici Napoleone ed austriaco havvi differenza tra la servitù di dare e quella di non togliere la luce.

1.° La mia libertà naturale se in nessun modo limitata di formare finestre od altre aperture nel mio muro verso il fondo del vicino per procacciare mediante esse luce al mio edifizio, e la libertà eguale del vicino di togliermela, non sono servitù ma emanazioni del reciproco nostro diritto di proprietà.

Ma allora sorge la servitù quando il vicino che può togliermi quella luce è aggravato dall' obbligo di non togliermela.

Questa è propriamente la servitù di non togliermi la luce.

2.° Emanazione del mio diritto di proprietà è il diritto di vietare che il vicino formi finestre od altre aperture nel mio muro o nel muro tra noi comune per procacciarsi luce.

Perchè io non abbia questo diritto fa d' uopo che il vicino abbia specialmente acquistato l'altro diritto di formarle per avere quella luce.

Acquistatolo in mio confronto, esiste a suo vantaggio ed a mio aggravio propriamente la servitù della luce.

È vero che acquistato dal vicino contro di me il diritto di formare nel mio e nel comune muro finestre od altre aperture per procacciarsi luce, io non posso toglierglielo.

Ma veramente altro è la servitù di avere mediante quelle finestre ed aperture luce, ed altro è la servitù che non venga tolta la luce.

Mediante esse finestre od aperture si acquista una luce che prima non si aveva, e che non si ha.

Ma a chi non ha ed almeno non può aver luce, essa nè si toglie, nè non si toglie.

Sarà conseguenza dell' avere accordato luce, quella di non poter toglierla.

Ma non togliere una luce che dunque si ha o che almeno si può avere, non è lo stesso che dare una luce che dunque non si ha, perchè se essa si ha, non havvi bisogno che venga data.

Ecco dunque come tra queste due servitù havvi differenza.

Per la servitù di aver luce si ha diritto di aprire a tale oggetto finestre od aperture nel muro altrui o comune.

Per la servitù di non togliere la luce, essa non dee essere tolta alle finestre od aperture del muro, od in generale all' edifizio dominante da cui è goduta.

Questa differenza mi sembra chiaramente segnata nei §§ 475 n. 3 e 476 n. 10 del Codice civile austriaco.

Pel primo di quei §§ si ha il diritto di aprir finestra nell'altrui (o comune) muro per avere una luce che naturalmente non si ha.

Pel secondo non dee essere tolta la luce all' edifizio dominante, quella luce naturalmente ch' esso ha od almeno può avere.

Una differenza mi sembra anche segnata nell'art. 689 del Codice Napoleone.

Per esso il diritto di finestra, cioè quello di avere finestre nel muro comune od altrui anche per aver luce, è una servitù apparente.

La proibizione invece di togliere la luce all' edifizio dominante, coll'oscurare le finestre di esso, è, come le altre proibizioni ivi accennate, una servitù non apparente.

E la servitù poi della luce e quella di non togliere la luce ponno avere latitudine maggiore o minore.

Digitized by Google

ne per lo scopo non soggiacente a dubbio di avere la più ampia luce, p. e. quella che penetri per le finestre direttamente dal cielo che così debba essere veduto, o quella che per esse arrechi il raggio solare l'ingresso del quale non debba così essere impedito; ovvero se fu acquistata quella servitù per l'indubbio scopo di aver luce meno ampia, p. e. quella che anche senza vedere il cielo, o senza che penetri il raggio del sole, pur basti ad illuminare convenientemente una stanza; allora il proprietario del fondo serviente non potrà fare costruzioni o piantagioni che tolgano quella luce più o meno ampia, ma dovrà anche levare le proprie costruzioni o piantagioni che la impedissero.

Ma se fu acquistata semplicemente la servitù di aprire quelle finestre per aver luce, senza che dalle espressioni o dal senso rettamente interpretato del titolo risulti indubbiamente la maggiore o minore latitudine di quella luce, allora parmi che non sarà stata acquistata altro che la luce che al momento dell' acquisizione della servitù si poteva naturalmente avere per l' allora esistente stato dei luoghi.

Quindi credo che il proprietario del fondo serviente sarà bensì obbligato a non renderla colle proprie costruzioni o piantagioni minore di quello che secondo lo stato dei luoghi poteva essere al momento dell' acquisizione della servitù.

Ma credo che non sarà obbligato a levare le proprie costruzioni o piantagioni a quel momento esistenti per darla maggiore di quel che allora poteva essere.

2.° E se fu acquistata la servitù di non togliere la luce più o meno ampia, della quale ho parlato al n. 1, credo che il proprietario del fondo serviente non potrà toglierla edificando o piantando, e credo che dovrà anche levare le proprie piantagioni o costruzioni che la togliessero.

Ma se fu semplicemente acquistata, come ho pur detto al num. 1, la servitù che non venga tolta la luce senza che indubbiamente risulti dal titolo in qual maggiore o minore misura sia proibito di toglierla, credo che sarà proibito al proprietario del fondo serviente di togliere quella sola luce che al momento dell'acquisizione della servitù poteva naturalmente essere goduta per l'esistente stato dei luoghi dal proprietario del fondo dominante.

Quindi il proprietario del fondo serviente sarà obbligato a non togliere quella luce coll'edificare o col piantare. Ma non sarà obbligato a levare le proprie costruzioni o piantagioni già esistenti al momento dell'acquisizione della servitù.

Se fosse obbligato a levarle, non sarebbe limitato a non togliere, quindi a lasciare la luce ch'esistesse. Darebbe nuova luce fino a quel momento non esistente.

3.° Quello che ho detto al n. 3 dell' annotazione *b* dell'antecedente Capo sul dovere del proprietario del fondo serviente d' impedire o di levare costruzioni o piantagioni di un terzo, onde dare o non togliere al fondo dominante il prospetto, è applicabile anche alle servitù di dare o di non togliere la luce.

Finalmente non è servitù nè di dare nè di non togliere la luce, ma servitù di non avere, di essere privato di essa, quella che mi toglie la libertà naturale di aprire finestre nel mio muro per procacciarmela verso il fondo del vicino.

Non posso poi chiudere la presente annotazione senza osservare che meritano attenzione i giudicati riportati a pagine 252, 253 della Sezione seconda dell' *Eco dei Tribunali* per l'anno 1854, i quali portano il seguente caso.

Tizio diede nel 1834 una porzione di un suo orto in locazione perpetua a Sempronio.

Pel contratto, Sempronio su quella porzione di orto potè fabbricare.

Nella casa che avesse fabbricato, ma però in una sola stabilita parte di essa, Sempronio poteva aprire finestre respicienti il resto dell'orto di Tizio.

Fabbricò la casa ed aperse in essa nella parte stabilita finestre.

A Tizio poi non fu proibito, anzi fu dichiarato non essergli impedito di fabbricare sull'orto rimastogli.

A Tizio succedette per vendita su quell'orto rimastogli, Cajo.

Questi fabbricar voleva sull'orto acquistato a distanza di 15 centimetri dalla casa

Digitized by Google

La terza Istanza confermò il giudizio della prima.

A primo aspetto sembra un paradosso che conceduta a Sempronio la facoltà di aprire finestre e quindi secondo il § 488 del Codice austriaco il diritto di aver luce ed aria sul fondo vicino, Cajo proprietario di questo fondo possa con un edifizio togliergli quei vantaggi.

Sembrerebbe quindi fondata in diritto la sentenza della seconda Istanza ed infondata quella del primo giudice.

Ma in fatto la cosa non è così.

Abbandono i motivi della prima Istanza perchè mi pare che potessero essere più precisi.

Nè credo che propriamente per essi il Supremo Tribunale abbia confermato la prima sentenza.

Vengo ai motivi che secondo me ponno avere indotto il giudice supremo a sentenziare che Cajo potesse fabbricare e togliere luce ed aria alle finestre di Sempronio.

Acquistata da questo la proprietà utile di parte della ortaglia di Tizio, poteva benissimo erigere su essa una casa.

Ed in questa casa poteva aprire finestre sul fondo di Tizio, nella parte della fabbrica però su cui il contratto fra essi stipulato non gli vietò di aprirle.

Poteva aprirle in forza al suo diritto non limitato di proprietà, ed avere così mediante esse luce ed aria sul fondo di Tizio e rispettivamente di Cajo.

La facoltà di aprirle datagli da Tizio della quale non aveva bisogno non fu veramente la concessione di una servitù attiva.

Fu la conferma, inutile bensì ma pur data, del diritto di Sempronio di aprirle.

Per questo suo diritto di proprietà, di aprirle, egli le aperse.

Ma se Sempronio fece uso del suo diritto di proprietà coll'aprirle, anche Cajo, succeduto a Tizio, poteva far uso del suo diritto di proprietà fabbricando sul proprio fondo anche in modo da togliere luce ed aria alle finestre di Sempronio, non essendo Cajo per la legge austriaca limitato a distanze.

Perchè non avesse potuto farlo, facea d'uopo che Sempronio per uno dei fondamenti legali portati dal § 480 del Codice austriaco avesse acquistato il diritto di proibirgli di farlo, la servitù che non gli venisse tolta l'aria e la luce.

Ma lunge dall'aver ciò acquistato, a Tizio e rispettivamente a Cajo non fu mai impedito di fabbricare, anzi, come ho detto di sopra, fu nel contratto dichiarato che non gli era tolto di farlo.

Poteva dunque fabbricare.

E fabbricando poteva togliere del tutto luce ed aria all'edifizio di Sempronio.

A parer mio per questi motivi la prima e la terza Istanza hanno dunque nella presente quistione giustamente deciso, che Cajo potesse fabbricare togliendo anche del tutto, la luce e l'aria all'edifizio di Sempronio.

Digitized by Google

CAPUT XXXVI.

DE SERVITUTE, NE LUMINIBUS OFFICIATUR.

I. *Lumen quid significet.* — II. *Promisit quispiam mihi servitutem, ne luminibus meis officiatur: sed ante impositionem servitutis existens in fine camerae meae coelum videre poteram: et ipse vult altius aedificare, ita quod coelum videre non potero, nisi in camerae medio existens, vel prope fenestram, an fieri possit.* — III. *Differentia an sit inter servitutem altius non tollendi cum hac conditione, ne luminibus meis officiatur, et illam altius non tollendi, et non officiendi luminibus.* — IV. *Promisit si quis mihi servitutem ne luminibus meis officiatur, an possit plantare, vel arbores ante fenestras meas habere.* — V. *Luminibus qui tenetur non officere, nihilominus aliquid aedificare potest, propter quod sol praedio dominanti auferatur, dummodo lumen aliter non obscuretur.* — VI. *Servitutem qui debet ne luminibus officiatur, non cogitur in eadem gratitudine lumina servare, nisi ad gratitudinem locus deputatus esset.* — VII. *Servitutem qui debet, ne luminibus officiatur, non potest plantando seu aedificando, aut aliter solem praedio dominanti auferre.* — VIII. *Servitutem debens ne luminibus officiatur, an possit deponere aedificium, vel arboris ramos, quo facto locus quondam opacus sole plenus esse incipiat.* — IX. *Servitus ne luminibus officiatur, an tam de praesentibus, quam de futuris intelligatur.* — X. *Laborat si quispiam aedificando super re communi, et ejus cujus luminibus officit, an hoc possit, obscurando lumina alterius*

CAPO XXXVI.

DELLA SERVITÙ DI NON TORRE LA LUCE.

I. Che significhi luce. — II. Certuno mi promise la servitù di non tormi la luce; ma prima che la servitù fosse imposta, io, stando nel fondo della mia camera, poteva vedere il cielo, ed ora egli vuol fabbricare più alto in guisa che non potrò mirar il cielo se non istando nel mezzo della camera, o vicino alla finestra; lo potrà egli fare? — III. Se vi sia differenza fra la servitù di non erger più alto, con questa condizione: che non m' impedisca la luce; e l' altra di non erger più alto e non impedire la luce. — IV. Se quegli che mi promise la servitù di non torre la luce, possa piantare o tenere alberi innanzi le mie finestre. — V. Quegli ch' è obbligato a non torre la luce, può nondimeno fabbricare alcunchè, pel quale sia tolto il sole al fondo dominante, perchè il lume in altra guisa non resti oscurato. — VI. Chi deve la servitù di non torre il lume non è forzato a conservare la luce nella medesima condizione di splendore se non quando il luogo fosse specialmente designato a tal uopo. — VII. Chi deve la servitù di non impedire la luce non può togliere il sole al predio dominante, sia col piantare, sia col fabbricare, od in altro modo. — VIII. Se chi deve la servitù di non togliere la luce possa abbassare la sua casa o tagliare i rami del suo albero, in guisa che il luogo, un tempo oscuro, resti pienamente soleggiato. — IX. Se la servitù di non torre la luce s' intenda concessa tanto pel presente quanto pel futuro. — X. Se, qualora taluno fabbricando, lavora sulla cosa comune e di quello cui

Digitized by Google

id est, ut coelum videri possit (1). *Sed dubium est, quomodo intelligatur, ut coelum videri possit. Dic secundum quosdam, quando diei claritas te respicere potest, coelum per directum respiciendo, non ubi per transversum, puta per fenestram, vel foramen, ut dicit Ang.* (2), *vel teneas secundum eum, quod dummodo ex loco coelum videatur, tamen dicitur haberi lumen, sed ubi coelum non videtur, sed per fenestram aut foramen existens in pariete intra domum forsitan diei claritas haberetur, tunc dicitur inde prospectus haberi, non autem lumen* (3). *Ego autem intelligo, quod tunc quis dicatur habere lumen, quando existens in domo vel in camera potest videre coelum, non autem quando prospiceret mittendo caput extra fenestram, quia tunc raro contingeret, quod coelum videri non possit: et ita sentit. gloss.* (4); *aedificia quae sunt coelo inferiora, quae non praeveniunt oculos in videndum coelum etc. dixi supra de servitute, ne prospectui officiatur ver. et intelligo coelum videri posse, et adde quae dixi in seq. quaest.*

II. *Sed tunc secundo quaeritur, quis promisit mihi servitutem ne luminibus meis officiatur, ante impositionem servitutis existens in fine camerae meae coelum videre poteram: ipse vult aedificare altius, ita quod coelum videre non potero, nisi existens in medio camerae meae vel prope fenestram, an possit? et videtur quod sic: quia satis videtur quod coelum videre possim:* ut d. l. lumen in princ. *Contrarium ego teneo, quia licet coelum videre possim, tamen minus video: quia per hoc minuuntur lumina aedificiorum meorum: id est, ubi primo videbam coelum existens in extrema parte camerae, nunc non possum, et hoc vult text.* in d. l. *luminum* in fin. *ibi, atque ita minuere lumina etc. qui text. potest sic intelligi, et est not. intellectus, quem ego do ad illum text. et pro hoc facit* (5). *Sed si esset servitus luminum constituta, tunc tenerem contrarium, id est, quod lumen videri possit quomodocumque,* per d. l. luminum

luce è ciò per cui si possa vedere il cielo. Ma è dubbioso in qual modo s' intendano le parole: *per cui il cielo si possa vedere.* Tu di', secondo alcuni, che il *cielo si può vedere* quando il lume del giorno può giunger a te col mirare direttamente il cielo, non già per traverso, come per la finestra o per un buco, come dice Angelo; oppure ritieni, secondo lo stesso, che purchè si vegga il cielo dal luogo cui è dovuta la servitù, quello si dirà aver luce: ma dove il cielo non si vedesse ed il lume del giorno forse piovesse per la finestra o per un buco fatto nel muro dentro la casa, allora quel luogo si direbbe avere il prospetto, non però la luce. Io poi intendo doversi dire che alcuno ha la luce, quando stando in casa od in camera può vedere il cielo, non già quando lo vedesse cacciando il capo fuori della finestra, perchè in tal caso di rado avviene ch'ei non si possa mirare. E così intende la glossa che dice: gli edifici che stanno sotto il cielo, che non impediscono allo sguardo di vedere il cielo ecc.; del che ho parlato prima nella servitù di non torre il prospetto, al versetto: *ed intendi il cielo potersi vedere*, ed aggiungi ciò che dirò nella questione che segue (*a*).

II. Ma, ciò posto, io dimando in secondo luogo: Taluno mi promise la servitù di non tormi la luce; prima che la servitù fosse imposta, io stando in fondo alla mia camera poteva mirare il cielo; ora egli vuole fabbricare più alto in guisa che non potrò vederlo, se non istando nel mezzo della mia camera o vicino alla finestra; potrà egli far ciò? Sembra che sì, poichè pare bastante che io possa vedere il cielo, secondo la legge *lumen* già citata. Io ritengo l'opposto, perchè sebbene io possa vedere il cielo, tuttavolta veggo meno; poichè in forza dell' innalzamento la luce delle mie case è diminuita; cioè, perchè, mentre prima io vedeva il cielo stando in fondo alla camera, ora nol posso più mirare; e così vuole il testo della detta legge *luminum* in fine: *ed in tal modo diminuire la luce* ecc.; il qual testo può in tal guisa esser inteso, ed è interpretazione notabile ch' io faccio di lui. Ma se la servitù della luce fosse costituita, allora opinerei diversamente, cioè che la luce si possa vedere in qualsivoglia maniera, per la detta

(1) *Ut est text. in l. lumen, in princip. de servitut. urban. praedior. et dixi in praecend. quaest.*
(2) *In l. inter servitutes, in princ. ff. de servitut. urban. praed. et allegat. gloss. ibi.*
(3) *Ut d. l. inter servitutes.*
(4) *In d. l. 2. ibi.*
(5) *L. inter servitut. in princ. verb. ne lumin. et verb.* quodcumque igitur, *de servitut. urbanor. praed.* et quod dixi supra de servit. altius non tollendi, 2. quaest.

Digitized by Google

in princ. *conjuncto fine a contrario sensu* (*), *et per ea quae dixi in servitute praecedenti quod perpetuo tene menti, et est quotidianum, et notandum et Dd. hoc non tangunt, et pro hac decisione adde quae dicam infra 4 q.*

III. *Tertio quaero, an sit differentia inter servitutem altius non tollendi, cum hac conditione, ne luminibus meis officiatur: et illam, altius non tollendi, et non officiendi luminibus? Et dicas quod sic: quia prima intelligitur ne officiatur luminibus aedificando: quia una est tantum servitus qualificata, et ideo poterit tunc obscurare plantando arborem: quia tunc non dicitur altius tollere: ut est casus* (1). *Sed secunda non est unica, imo fere sunt duae, videlicet ne altius tollat, et ista continet solum de non aedificando, non autem de non habendo arborem, ut ibi* (2). *Alia est, ne luminibus officiatur: et ista continet, ne possit etiam arborem plantare, per text.* (3), *et ita etiam vult Paul. de Castr.* (4), *et ego dixi supra de serv. altius non tollendi, in 2 q. et dicam in seq. q.*

IV. *Quarto quaero, quis promisit servitutem, ne luminibus meis officiatur, an possit plantare vel habere arborem ante fenestras meas? Et in hoc sic breviter concludas: Aut illa arbor officit luminibus meis, ita quod coelum videre non possum: et non est dubium, quod non potest: quia facit contra debitam servitutem: ut est text.* in l. arborem in princ. de servit. urb. praed. *et* l. lumen in princ. eod. tit. *Ex quo not. secundum Ang.* (5), *quod licet arbor et ejus frondes impedire non possint visionem coeli in totum, quia tamen impediunt, saltem propter impedire, officit luminibus arbor: et sic qui promittit alicui non officere, intelligitur promittere, nec in totum officere, nec in partem, quod facit pro his quae dixi supra eod. in 2 col. Secus si promisisset altius non*

legge *luminum in princ.*, unito il fine per argomento contrario (*), e per quelle cose che ho detto nell'antecedente servitù; locchè ricorda perpetuamente, perchè è questione quotidiana e notabile, non toccata dai Dottori; ed aggiungi a favore di tal decisione quanto dirò fra poco nella quarta quistione (*b*).

III. Dimando in terzo luogo: se vi sia differenza fra la servitù di non erger più alto con la condizione di non impedirmi la luce, e quella di non erger più alto e di non impedire la luce? Risponderai affermativamente, perchè la prima s' intende imporre che non sia tolta la luce col fabbricare, ed è soltanto una servitù qualificata, e però chi la deve in tal caso potrà oscurare la luce col piantar alberi; dacchè ciò non si dice erger più alto. Ma la seconda non è una sola, sì per lo più son due servitù, cioè l'una di non erger più alto, e questa contiene soltanto la proibizione di fabbricare, non però quella di tener alberi; l'altra di non impedire la luce, e questa contiene il divieto di piantar alberi, come insegnano i testi e Paolo di Castro, e come ho detto io pure a suo luogo (*c*).

IV. Dimando in quarto luogo: se alcuno mi promise la servitù di non tormi la luce, potrà piantare o tener alberi davanti le mie finestre? E in questo punto così brevemente rispondi: O quell'albero m' impedisce la luce in così fatta maniera ch' io non possa veder lo cielo, e non è dubbio ch' ei non potrà piantarlo o tenerlo; poichè opera contro la servitù dovuta, come dicono i testi della legge *si arborem in princ.* e della legge *lumen ff. De serv. urban. praed.* Dai quali ricava, secondo Angelo, che sebbene l'albero e le sue fronde non possano impedire totalmente la vista del cielo, nondimeno perchè la impediscono in parte, o per lo meno la possono impedire, si dice che l'albero toglie la luce, e però chi promette a taluno di non nuocere, s' intende promettere di non nuocere, nè interamente, nè in parte. Altri-

Digitized by Google

facit, puta propter ramos et frondes: et tunc non dicitur facere contra debitam servitutem, nisi sol esset necessarius, vel multum expediens (1).

V. *Et ex hoc nota tria. Primum, quod ille qui tenetur non officere luminibus, nihilominus potest aedificare aliquid, propter quod sol auferatur praedio dominanti, dummodo lumen aliter non obscuretur, seu fiat obscurum* (2).

VI. *Secundum notandum est, quod ille qui debet servitutem ne luminibus officiatur, non cogitur servare lumina in eadem gratitudine, nisi ad gratitudinem locus esset deputatus: secus in servitute ne prospectui officiatur: quia debet servare prospectum in eadem gratitudine* (3).

VII. *Tertium notandum est, quod qui debet servitutem ne luminibus officiatur, non potest plantando, seu aedificando, aut aliter, solem auferre praedio dominanti, quando sol esset praedio dominanti necessarius, vel multum expediens* (4), *et ideo si tolleretur sol, diceretur fieri contra debitam servitutem ne luminibus officiatur, si sine sole locus habitari non poterat, vel lumen fuit concessum gratia alicujus artificii, quod in eo fiebat, et fieri non poterat sine copia solis, et pone exemplum in penariis et ballistariis, qui eorum artificio ponunt ad solem in domo suae habitationis, vel pone exemplum, si erat locus in quo paterfamilias morabatur ad solem* (5), *sicut contingit in ponticello seu solariis: et in hoc potest etiam poni exemplum, secundum Flor.* (6) *in persona Diogenis philosophi, ad quem cum ad solem sedentem Alexander accessisset, hortareturque ut si qua praestari vellet, sibi indicaret, inquit: Vellem a sole miki non obstes: ut refert Valer. Maxim.* (7).

VIII. *Quinto quaero, numquid debens servitutem ne luminibus officiatur, possit deponere aedificium vel arboris ramos, quo facto locus quondam opacus sole incipiet esse plenus? Et dicas quod sic: quia non facit contra debitam servitutem:*

vale a dire, il prospetto del cielo, ma mi priva del sole e mi fa ombra, per esempio, a cagione dei rami e delle fronde; ed allora non si dice operar contro la servitù dovuta, tranne il caso che il sole fosse necessario, o molto giovevole (*d*).

V. Dall'ora esposto ricava tre cose. Primo, che quegli ch' è obbligato a non torre la luce, può nondimeno fabbricare alcuna cosa per cui il predio dominante sia privo del sole, purchè altrimenti la luce non resti oscurata o sia fatta oscurità (*e*).

VI. Seconda cosa da notarsi è: che quegli che deve la servitù di non torre la luce non è costretto a conservare la luce nel medesimo splendore, a meno che il luogo non fosse destinato a godere di quello. Diversamente nella servitù di non torre il prospetto; perchè l' obbligato deve conservare il prospetto nel medesimo stato (*f*).

VII. Terza cosa da notarsi è: che chi deve la servitù di non toglier la luce, non può torre il sole al fondo dominante, sia col piantare, sia col fabbricare, od in altra guisa, quando ei fosse necessario al fondo dominante o molto giovevole. E però se togliesse il sole, si direbbe operar contro la servitù dovuta di non torre la luce, qualora il luogo non si potesse abitar senza sole, od il lume fosse concesso in grazia di qualche arte che in esso esercitar si soleva, e che non si può esercitare senza abbondanza di sole, come ad esempio, per l'arte de' vasai e balestrieri, che espongono i loro lavori al sole nella casa che abitano; oppure, se era luogo nel quale il padre di famiglia costumava pigliare il sole, come avviene nel terrazzino e ne' solatii. Ed in questo riguardo, secondo Floriano, si può altresì porre l'esempio del filosofo Diogene, al quale, mentre se ne stava seduto al sole, sendosi avvicinato Alessandro, e pregandolo ad indicargli se in qualche cosa potesse compiacerlo, egli rispose: Vorrei che non mi togliessi il sole; come ci fa sapere Valerio Massimo (*g*).

VIII. In quinto luogo dimando: se quegli che deve la servitù di non toglier la luce, possa abbassare il suo edificio e tagliare i rami dell'albero, affinchè il fondo dominante, un tempo oscuro, cominci ad essere soleggiato? Risponderai che sì: perchè non

(1) *Ut est text. in d. l. si arborem, in princ.* secundo responso, et ibi hoc not. omnes Dd.

(2) *Ut l. inter servitutes, in princ. de servit. urban. praed.*

(3) *Ut est text. in d. l. inter servitutes, in princip.* et dixi supra de servitute ne prospectui officiatur, circa princip.

(4) *Per d. l. si arborem, 2. responso.*

(5) *Ut dicit gloss. d. l. si arborem, in vers.* hellocamino.

(6) *In d. l. si arborem, in princ.*

(7) *Lib. 4. cap. de abstinentia, in penult. exemplo,* et vide quae dicam in seq. quaest.

Digitized by Google

hanc enim debuit ne luminibus officiat, nec luminibus officit, sed plus aequo lumen facit: ut est text. not. in d. l. si arborem § per contrarium, *ex quo not. quod quis non dicitur contra facere, qui facit plus quam debeat: quod procedit, nisi tollendo in totum aedificium vel ramos, aut deprimendo luminibus officeretur, si forte impressura quaedam in aedes meas lumen devolvat, puta ex reverberatione, unde illud, refulsit sol in clypeos aureos, et splenduerunt montes ab eis* (1), *et potest poni casus, secundum Angel. ibi, reflexio solis erat in loco, cui non debebat officere: et per inordinatam reflexionem substantiam visus in loco impediebat. Vel secundo potest poni casus, et iste intellectus est planior et nobilior: scilicet, quod ille qui debebat servitutem non officiendi luminibus, habebat aedificium suum in quo sol continue percutiebat, vel certis horis diei: et ex hoc objecto ille cui servitus debebatur, habebat simile aedificium suum, quod eisdem modis illuminabatur ex reflexione solis percutientis aedificium serviens. Unde si illud aedificium serviens deponitur, reflexio solis cessat, et per consequens lumen tollitur: ideo tale aedificium deponi non potest, cum lumina obscurentur per depositionem: et sic est verus intellectus* d. § interdum, cum gloss. *Et sic not. quod in istis servitutibus consideretur, interesse, et jus interpretatur fieri contra debitam servitutem, ubicumque aliquid fiat, quod laedat, sive istud fiat per modum depressionis sive decessus, secundum Bald. et Flor. ibi, quod dicunt esse not. Item non posset tolli vel deprimi aedificium, quando esset servitus imposita altius tollendi, ut dixi supra de servitute altius tollendi.*

IX. *Sexto quaero, an servitus ne luminibus officiatur, intelligatur tam de praes-*

opera contro la servitù dovuta, essendochè debba la servitù di non torre la luce, ned a questa nuoca punto, anzi presti maggior lume, com'è testo notabile in proposito sulla citata legge *si arborem* § *per contrarium*. Dal quale ricava che non si dice controperare chi fa più di ciò che far deve; locchè è vero, fuor che nel caso in cui, o col demolire l'edificio e tagliare i rami, o coll'abbassarlo, si nuocesse alla luce, qualora per sorte una certa riflessione dèsse lume alle mie case, per es. col riverbero; donde venne quel passo: *Il sole lampeggiò sugli aurei scudi ed i monti splendettero del loro riverbero.* E si può anche porre il caso accennato da Angelo, che il sole riflettesse i suoi raggi sopra un luogo, al quale non si dovesse nuocere, e pel disordinato riverbero impedisse sostanzialmente la vista. Oppure si può porre un secondo caso, e questa interpretazione è più piana e più conveniente: cioè che quegli che deve (come prima) la servitù di non torre il lume avesse la sua casa sita in modo che dal sole continuamente od in certe ore del giorno fosse irradiata, e che per tal cagione quegli cui la servitù è dovuta avesse pure una simile casa la quale nello stesso modo fosse illuminata dalla riverberazione del sole splendente sulla casa che serve. Dond'è che se questa casa che serve si toglie, cessa la riflessione del sole e per conseguenza manca la luce; perciò tale edificio non può essere atterrato, mentre in forza di sua mancanza sarebbe oscurata la luce, e questo è il vero senso del § *interdum* colla glossa. Laonde ne viene il notabile: che in queste servitù si considerano il vantaggio ed il diritto, e si ritiene che sia operato contro la servitù dovuta quantunque volte si faccia alcuna cosa che nuoccia, sia ch'essa sia fatta mediante abbassamento o mediante distruzione, secondo che dicono Bartolo e Floriano: i quali ciò stimano degno di nota. Del pari non potrebbe demolirsi od abbassarsi lo edificio, quando fosse imposta la servitù di erger più alto, come dissi più sopra nella servitù relativa (*h*).

IX. Dimando in sesto luogo: se la servitù di non torre la luce, s' intenda imposta

Digitized by Google

ponitur per Sal.: si mutantur postea lumina, an possit illis novis mutatis officere.

X. *Septimo quaero, si aliquis laborat aedificando super re communi* (**) *ipsius laborantis, et ejus cujus luminibus officit, an hoc possit, puta obscurando lumina alterius domus, quae est propria dicti sui consocii? Credo quod sit locus* l. qui luminib. de servitut. urban. praed., *scilicet quod aedificando teneatur servare formam antiquam, secundum quam erat aedificatum: et si numquam fuit aedificatum super ipso pariete, tunc melior est conditio prohibentis* (1), *et quod ibi not. de reg. jur. c. in re communi in* 6. *per Dyn. et Jo. Andr. ita dicit Alb. de Ros.* (2), *qui dicit, quod hoc habuit de facto, et est valde not.*

XI. *Octavo et ultimo quaero, an in pariete communi liceat uni socio facere fenestram pro acquirendo lumine. Dicas quod non, nisi sibi fuerit concessum* (3), *de quo dic, ut dicam infr. de fenestra seu balcono.*

(1) *L. Sabinus, com. divid.*
(2) *In l. altius, C. de servitut.*

(*) *A contrario sensu.* Quod non debeat fumi arg. a contrario sensu, quando resultaret correctio juris communis: et an decisio quae resultaret a contrario sensu statuti, praevaleat juri communi, vide Alex. *in* 2. *vol. in cons.* 25. *in* 4. *col.* § *nec obst. et in cons.* 7. *in ult. col.*

(**) *Re communi.* Res una et eadem diverso jure censeri non debet, de dec. a. enim in ms. 21. q. 2. *cognovimus.* Et quid contineatur appellatione rei, vide Alex. *in* 2. *vol. cons.* 188. *in* 2. *col.* § et licet, *n prin. col.*

sente. Intorno a che Saliceto pone la quistione: se qualora le finestre sieno in seguito mutate, si possa torre la luce alle nuove finestre (*i*).

X. In settimo luogo dimando: se alcuno fabbricando lavora sopra una cosa comune (**) allo stesso operante ed a quello cui toglie la luce, potrà egli ciò fare, verbigrazia recando lo effetto di oscurare l'altra casa che appartiene al detto suo consocio? Credo che qui debba aver luogo la legge *qui lumin. ff. De serv. urb. praed.*, cioè che fabbricando sia obbligato a conservare la stessa forma che esisteva innanzi; e se prima non v' era edificio sostenuto dallo stesso muro, allora la condizione di chi divieta è migliore. Così pensano Dino e Giannandrea, e così dice Alberico da Rosate; il quale narra d' aver giudicato in questo modo; ed è cosa molto notabile (*k*).

XI. In ottavo ed ultimo luogo dimando: se sia lecito ad un socio aprire una finestra nel muro comune onde aver luce. Risponderai che no, se ciò non gli sia stato concesso: e circa questo punto di' come io dirò poscia parlando della *finestra* o *balcone* (*l*).

(3) *L. eos de servit. urban. praedior.* et ibi not. per Dd.

(*) *Per senso contrario.* Che non debbasi dedurre argomento dal senso contrario, quando ne provenisse alterazione del gius comune: e se la decisione che dipende dal senso contrario dello statuto, prevalga al gius comune, vedi Alessandro, *vol.* 5, *cons.* 25, *col.* 4, § *nec obst., e cons.* 7, *col. ult.*

(**) *Cosa comune.* Una cosa sola e medesima non deve giudicarsi, secondo diritto diverso. E che si contenga nella parola *cosa*, vedi Alessandro, *vol.* 2, *cons.* 188, *col.* 2, § et licet.

ANNOTAZIONI AL CAPO XXXVI.

(*a*) Ripeto non essere, a parer mio, esatto il dire che vi abbia luce solo quando possa vedersi il cielo, sicchè quando non possa vedersi non vi abbia.

Se ciò fosse vero, tutt' i siti interni di un edifizio nei quali non si vede il cielo, ma nei quali pur penetra dal di fuori la luce del giorno, sarebbero senza luce.

Una stanza può benissimo mediante finestre od altre aperture essere illuminata dalla luce del giorno senza che per quei fori si vegga il cielo ed anche senza che vi penetrino i raggi del sole.

(*b*) Le quistioni qui promosse dall'autore vengono sciolte secondo quello che ho detto nelle annotazioni al Capo XXXV.

Anche qui distinguo fra possesso e titoli (documenti scritti.)

I. Così distinto, premetto che la servitù di aprire finestre nel muro altrui per aver luce, può tanto per l'art. 690 del Codice Napoleone quanto pel § 480 del Codice austriaco essere acquistata mediante il possesso.

Digitized by Google

Premetto pure che la servitù di non togliere la luce, mentre per l'art. 691 del Codice Napoleone non può essere acquistata per possesso, può però esserlo pel § 480 del Codice austriaco.

Ciò premesso osservo:

1.° Io di fatto ho aperto e tenuto aperte finestre nell'altrui muro in modo da aver luce nella mia stanza vedendo dal fondo di essa il cielo, ed il proprietario del muro ciò ha tollerato.

2.° Oppure in via di fatto ho proibito al proprietario vicino di togliere alla mia stanza la luce e la veduta del cielo dal fondo di essa, e quel proprietario per la mia proibizione si è astenuto dal togliermele.

Nel primo caso il mio possesso fu tale da indurre a favor mio prescrizione acquisitiva (usucapione) di servitù tanto pel Codice Napoleone quanto per l'austriaco.

Nel secondo caso fu tale da indurla non pel Codice Napoleone, sì bene per l'austriaco.

Per quel mio possessor e per la massima di diritto, *tantum praescriptum quantum possessum*, ho dunque nel primo caso acquistato la servitù di aver luce colla veduta del cielo dal fondo della mia camera tanto pel Codice Napoleone quanto per l'austriaco, e nel secondo caso ho acquistato la servitù che non mi venga tolta quella luce e quella veduta pel solo Codice austriaco.

Acquistate così da me quelle servitù mi par chiaro che il proprietario del muro nel primo caso ed il proprietario vicino nel secondo, non possano fabbricare alto in modo da togliermi la suddetta veduta dal fondo della mia stanza.

Non possono farlo perchè ad essa in forza al mio possesso ho acquistato diritto.

II. Se poi ho acquistato quelle due servitù mediante un titolo, locchè può aver luogo tanto pegli art. 690, 691 del Codice Napoleone, quanto pel § 480 del Codice austriaco, allora:

1.° Se le ho acquistate per lo scopo espresso dal titolo e non soggiacente a dubbio, anche di godere e di non essere privato della veduta del cielo dal fondo della mia camera, i suddetti proprietarii non potranno fabbricare alto in modo che da quel fondo di stanza io nol vegga.

Non potranno farlo perchè a quello scopo non possono contravvenire.

Se le ho acquistate invece per lo scopo espresso dal titolo e non soggiacente a dubbio di aver bensì luce e di non essere privato di essa, ma escluso però che dal fondo della mia camera io debba vedere il cielo, potranno fabbricare alto in modo da togliermi non la luce, ma la veduta del cielo da quel fondo di stanza facendolo a quello scopo non contravvengono.

2.° Se poi avendo io acquistato quelle servitù senza che dal titolo risulti in quale estensione io debba avere e non debba essermi tolta luce, e se al momento della mia acquisizione, per lo stato esistente dei luoghi, aprendo finestre nell'altrui muro io avessi potuto vedere, o a finestre aperte nel mio muro vedessi dal fondo della mia camera il cielo, essi non potranno fabbricare alto in modo da togliermene l'aspetto da quel fondo di stanza.

Non potranno farlo, perchè in questo caso io deggio godere delle acquistate servitù nella estensione in cui potevano naturalmente essere godute per lo stato dei luoghi esistente al momento della mia acquisizione e perchè in quel momento, per quello stato di luoghi, io avrei potuto dal fondo della mia stanza vedere, o vedeva il cielo.

Invece potrebbero farlo, quando per lo stato dei luoghi, io da quel fondo di stanza al momento dell'acquisizione delle servitù non potessi vedere o non vedessi il cielo.

(*c*) A questa domanda può dare risposta l'annotazione *c* del Capo XXVII.

Digitized by Google

del sole, veduta del cielo e raggio del sole non potranno essermi tolti nemmeno da alberi o piantagioni.

Se porta che non mi venga tolta quella luce soltanto, che non mi giunge direttamente vedendo il cielo, o pel penetrare del raggio solare, l' aspetto del cielo, il raggio del sole potranno essermi tolti con piantagioni od alberi, non però l' altra luce minore.

Se porta semplicemente che non mi debba essere tolta la luce senza esprimere in quale maggiore o minore estensione io non me debba essere privo, non mi potrà essere tolta quella luce della quale per l' esistente stato dei luoghi io godeva al momento dell' acquisizione della servitù.

Quindi secondo che a quel momento godeva o non godeva della luce derivante dall' aspetto del cielo o del raggio del sole, le piantagioni e gli alberi non potranno o potranno togliermela.

(*e*) Chi è obbligato a non togliere la luce può fabbricare, purchè non tolga la quantità e qualità di luce fissata mediante il possesso (quando per possesso la relativa servitù possa essere acquistata), ovvero fissata dal titolo.

Veggasi intorno a tutto ciò quello che ho detto nell'annotazione *b* del presente Capo.

(*f*) Così chi deve la servitù di non togliere la luce dee conservarla nello splendore fissato o dal possesso (se per possesso vi potè essere acquisizione), o dal titolo, secondo ciò che ho antecedentemente spiegato.

(*g*) Chi dee la servitù di non togliere la luce non può togliere il sole, ove pel possesso (quando può aver luogo acquisizione mediante il possesso), ovvero pel titolo, come antecedentemente ho spiegato, abbiasi ad esso diritto.

(*h*) Chi dee la servitù di non togliere la luce può in generale abbassare il proprio edifizio e tagliare i rami del proprio albero, perchè in tal modo in regola, anzichè diminuire, aumenta la luce.

Ma se un edifizio desse luce per riverbero, ovvero quando l' abbassamento di esso nuocesse all' esercizio della qualità di servitù da me acquistata e della quale deggio godere, non potrebb' essere abbassato senza il mio consenso.

(*i*) La servitù di non togliere la luce può essere o temporanea o perpetua, quindi operativa o pei presenti od anche pei futuri, secondo quello che ho detto nelle annotazioni *b* del Capo XVII e *B* in fine del Capo XXIV, e secondo quello che dirò nell' annotazione *c* del Capo seguente.

(*k*) Io fabbrico su un edifizio comune a me e ad altro proprietario, ad un edifizio del quale mi è proibito di togliere la luce.

Quell' altro proprietario ha un terzo edifizio.

Posso facendo la suddetta costruzione togliere la luce a quel terzo edifizio?

Mi pare di sì, se anch' esso non ha specialmente acquistato la servitù che non gli venga tolta la luce.

Ciò mi sembra perchè sebbene quell' altro proprietario lo sia del secondo e del terzo edifizio, quest' ultimo edifizio non ha acquistato la servitù che la luce non gli venga tolta; dunque può essergli tolta.

Va bene che vi abbia un solo proprietario del secondo e del terzo edifizio.

Ma la servitù prediale è imposta ad un fondo a vantaggio di altro fondo senza riguardo alle persone dei proprietarii.

Ora qui vi hanno due edifizii.

L' uno ha acquistato la servitù che non gli venga tolta la luce e a questo non può essere tolta.

Digitized by Google

L' altro non l' ha acquistata: quindi la luce può essergli tolta.

(*l*) Finalmente può il proprietario di un muro ad altri proprietarii comune, aprire da sè solo in quel muro una finestra onde da essa aver luce per altro suo edifizio?

Non può farlo, perchè, come ho detto nell'annotazione *f* del Capo XIV, non può da sè solo imporre all' immobile comune servitù prediali, e perchè gli altri comproprietarii concorrere deggiono alla imposizione o ratificarla.

Non può farlo senza il consenso degli altri comproprietari per l' art. 675 del Codice Napoleone, perchè facendolo imporrebbe al muro comune incompetentemente una servitù.

Non può farlo per l' art. 475 n. 3 del Codice austriaco, perchè la servitù di aprire finestre nel muro altrui (o comune) per avere luce o prospetto dee essere specialmente acquistata, e nel presente caso suppongo che non sia stata acquistata.

Digitized by Google

CAPUT XXXVII.

DE SERVITUTE ONERIS FERENDI.

I. Stabulum inferius non domui conjunctum, an rustica servitus esse dicatur. — II. Differentia inter aeternum, sempiternum et perpetuum, quaenam sit. — III. Jus servitutis perpetuum quod dicatur. — IV. Servitutem qui debet oneris ferendi, vel etiam aliam, an suis expensis reficere debeat. — V. Concessi tibi aream, ut ibi domum aedifices, in qua me cum socii meis transeuntibus recipere debeas, an ipsa domo destructa quomodo casu, novam reaedificare tenearis. — VI. Paries vel columna servitutem debens si reficiatur, ad quem aedificiorum fultura spectabit, ne corruat. — VII. Servitutem si quis mihi debeat, ut in suis parietibus trabem seu tigna habeam per quae solarium meum sustineatur: an ista servitus tigni injuncti, vel oneris ferendi esse dicatur. — VIII. Domus si legetur vel vendatur, an servitus imposita videatur, ut sustineat onera pertinentia, quae actu ipso sustinebat.

Oneris ferendi servitus urbana est (1). *Et de hac servitute, ut Flor. ait* (2), *non videtur fieri mentio, nisi in praedio urbano* (3).

I. *Sed credo quod etiam possit esse rustica servitus: puta si quis haberet stabulum inferius, non domui conjunctum, et sic esset praedium rusticum* (4), *et alius haberet solarium supra parietem stabuli: tunc si servitus imponeretur, ut inferior deberet sustinere solarium et onera sua inferiora: puta pro foeno locando, non video quare illa servitus oneris ferendi,*

(1) *L. eum debere columnam, de servitut. urban. praedior.*

(2) *L. et forte, § etiam si serv. vend.*

(3) *D. l. eum debere columnam, et d. § etiam, et l. sicuti, princ. et § 1. et § 2. si serv. vend.*

CAPO XXXVII.

DELLA SERVITÙ DI SOPPORTARE IL PESO.

I. Se la stalla più bassa, non unita alla casa, si dica essere una rustica servitù. — II. Qual sia la differenza fra eterno, sempiterno e perpetuo. — III. Quale si dica diritto perpetuo di servitù. — IV. Se quegli che deve la servitù di sopportare il peso, oppure un'altra, sia obbligato a ristaurare a sue spese. — V. Se, qualora io t'abbia concesso l'area, affinchè in essa tu fabbrichi una casa per lo scopo che debba accor me ed i miei compagni che passano, distrutta questa casa per qualsivoglia evento, tu sia tenuto a rifabbricarla. — VI. A chi spetti sostenere la casa, affinchè non crolli, qualora si rifaccia il muro o la colonna che deve la servitù. — VII. Se, quando alcuno mi deve la servitù di portare ne' suoi muri il mio trave o le travi per le quali il mio pavimento vien sostenuto, questa s'appelli servitù del trave immesso, o di sopportare il peso. — VIII. Se nel caso in cui sia legata o venduta una casa, sembri imposta la servitù di sostenere i pesi pertinenti, i quali sopportava nell'atto stesso della vendita o del legato.

Urbana è la servitù di portare il peso; e di essa, come dice Floriano, non sembra che sia fatta menzione ne' testi, fuor che rispetto al predio urbano (*a*).

I. Ma io credo però ch' esser possa eziandio servitù rustica; per esempio, nel caso che taluno avesse una stalla più bassa, non unita alla casa, e per tal guisa il fondo fosse rustico, ed un altro avesse il proprio solaio appoggiato sul muro della stalla. In questo caso se fosse imposta la servitù, che la stalla dovesse sostenere il solaio ed i suoi pesi inferiori, verbigrazia,

(4) *L. eo jure ff. quib. caus. pignus contrah.* et dixi supra in 4. divisione, in princip. vers. quid de stabulo.

Digitized by Google

non debeat dici rustica, ex quo debetur a praedio rustico (1), *nec est inconveniens, quod una servitus in genere possit esse in specie rustica et urbana, sicut est servitus altius tollendi, et officiendi praedio vicini vel protegendi, quae sunt urbanae* (2). *Imponitur autem haec servitus, quando quis vendit unam domum, in qua erat una columna, quae sustinebat onus alterius domus suae, hoc pacto, quod perpetuo sustinere debeat, hoc vult.* d. l. eum debere columnam in princ., *vel quando actum fuit sine venditione, ut possim onus imponere, et tu perpetuo sustinere debeas, et ita loquitur* ver. quemadmodum in eadem l. *qui in hoc differt a princ. secundum Cyn. ibi. Item imponitur non solum per columnam, quae sit in loco debente servitutem, ut solarium vicini sustineat, sicut saepe contingit, quando solarium est ita latum, quod per trabes in parietibus infixas sustineri non possit: sed etiam quando columna vel trabes parietibus infixa debentibus servitutem sustineret onus vicinarum aedium, ut probatur* in d. l. (3). *Forma vero hujusmodi servitutis imponendae ista esse potest, sicut* in l. aedium *scriptum est. Paries oneri ferendo, uti nunc est, ita sit, verba significant parietem perpetuum esse debere: non tamen hoc his verbis dici potest, ut in perpetuum idem paries aeternus esset, cum hoc fieri non posset: sed ejusmodi paries in perpetuum esset, qui onus sustineret* (4).

II. *Et differentia est inter aeternum, sempiternum et perpetuum.* Æternum enim non habet principium neque finem, *ut Deus*; sempiternum habuit principium, sed non habebit finem, *ut anima* (*) *et Angelus* (5). Perpetuum vero dici potest *in proposito id, quod habuit principium et habebit finem:* sicut est servitus imposita,

quello di contenere il fieno, non so vedere per quale ragione così fatta servitù di portare il peso non debba dirsi rustica, dacchè è dovuta da un rustico fondo. Nè ripugna a convenienza che una servitù in genere possa essere nella specie rustica ed urbana; com'è la servitù d'innalzare e di nuocere al fondo del vicino, o quella di sporgere, le quali sono urbane (*b*). Questa servitù poi s'impone allorquando alcuno vende una casa nella quale si trova una colonna che sostiene il peso d'un'altra sua casa, con questo patto: che perpetuamente sopportare lo debba, come vuole la legge *eum debere col. in princ. ff. De serv. urb. praed.*; oppur quando viene statuito senza vendita ch'io possa imporre il peso e tu debba sostenerlo in perpetuo, come reca il versetto *quemadmodum d. leg.*, che in tal parte differisce dal suo principio per opinione di Cino. Così pure s'impone non solamente mediante la colonna, che si mette nel luogo obbligato a servitù affinchè sostenga il solaio del vicino, come avviene di spesso allorquando il solaio è sì spazioso che non può essere sostenuto dalle travi conficcate ne' muri; ma eziandio quando la colonna od il trave infisso ne'muri obbligati a servitù sostiene il peso delle case vicine, com'è provato dalla sopra citata legge. La forma poi d'imporre così fatta servitù può esser la seguente, come sta scritto nella stessa legge *eum debere columnam: La parete che sostiene il peso rimanga nello stato in cui ora si trova*; le quali parole significano che la parete debba perpetuamente sussistere. Tuttavolta per esse non puossi già dire che la stessa parete debba durare in eterno, perchè ciò sarebbe impossibile; sì invece che perpetuamente debba esistere sì fatta parete, la quale sostenga il peso.

II. E v'ha differenza fra *eterno*, *sempiterno* e *perpetuo*. Avvegnachè l'*eterno* non ha principio nè fine, come Dio; il *sempiterno* ha principio, ma non avrà fine, come l'anima (*) e l'angelo; *perpetuo* poi può dirsi in proposito ciò ch'ebbe principio ed avrà fine, com'è la servitù imposta, o come sono le azioni, le quali si appellano *perpetue*. Ed

pit, et non desinit: quia impossibile est aliquid esse sub sole sine fine: unde not. ibi, quod nihil est sub sole perpetuum, et ideo mundus secundum rectam et veram fidem nostram habuit principium, et habebit finem: licet quidam philosophi naturali ratione moti contrarium dixerint.

III. *Sed dubium est, quando intelligatur in casu nostro jure servitutis perpetuum, dicit Angel.* (1), *quicquid durat centum annis, dicitur apud nos perpetuum: quia lapsu tanti temporis extinguitur* (2), *et quod cursus tanti temporis perpetuitatem significet* (3), *unde forsitan secundum Angel.* in d. l. eum debere columnam, *obligatio de qua loquitur illa lex, non durat ulteriori tempore, subdit tamen, quod hoc non ponit pro constanti. Ego autem non teneo, quod perpetuum dicatur usque ad* 100 *annos tantum, sed etiam ultra: et quod duret donec durare potest, puta si est columna, quae requiescat in domo debentis servitutem, donec durat aedificium superius, debebit durare servitus ferendi per columnam, vel si esset paries qui onus sustineret, quamdiu paries esset, vel onus durare posset, tamdiu servitus diceretur: et hoc videtur probari* in d. l. eum debere columnam, *ibi, sed ut ejusmodi paries in aeternum esset, qui onus sustineret, nisi esset praescripta servitus* (4): *non tamen potest tolli jus servitutis oneris ferendi, donec ille cui servitus debetur, est in possessione vel quasi, puta quia onera sua a vicini parietibus sustinentur, unde etiam si per mille annos solarium restitueretur per columnam vicini, servitus non perderetur neque finiretur* (5), *unde etiam non praescribit ad mille annos. Hujus autem servitutis oneris ferendi natura est, ut qui debet servitutem, facere teneatur* (6): *licet in aliis servitutibus regulariter est secus: ut scilicet debens servitutem non facere teneatur, sed tantum pati* (7): *et est ratio, quia speciale est in servitute oneris ferendi*

to il sole esista cosa che non abbia fine; donde il notabile, che nulla v' ha di perpetuo sotto il sole; e però il mondo, secondo la retta e vera nostra fede, ebbe principio ed avrà fine, quantunque alcuni filosofi mossi da naturale ragione abbiano pronunciato l'opposto.

III. Se non che è dubbioso nel caso nostro, che cosa s' intenda per *perpetuo* nel diritto di servitù. Angelo dice: tuttociò che dura cento anni si chiama *perpetuo* presso noi, perchè nel lasso di tanto tempo finisce; e però il corso di cento anni significa perpetuità; donde, secondo lo stesso Angelo, forse l'obbligazione, della quale parla la citata legge *eum debere columnam*, non dura maggior tempo; soggiunge però che non dà per ciò costante. Io poi non ritengo che *perpetuo* si dica ciò che dura cento anni soltanto, ma anche ciò che dura più lungamente e finchè può durare; per esempio, se fosse una colonna che poggiasse nella casa di chi deve la servitù, finchè dura l'edificio sovrastante, dovrà durare la servitù di sopportare il peso colla colonna; oppure se fosse un muro che sostenesse il peso, per quanto tempo ei sussisterà o durerà il peso, per tanto si dirà sussistere la servitù; come sembra provato dalla detta legge *eum debere columnam*, che dice: *Ma affinchè perpetuamente debba esservi il muro che sostenga il peso*, se però la servitù non fosse prescritta. Nondimeno il diritto di servitù di portare il peso non può cessare finchè quegli cui la servitù è dovuta si mantiene in possesso od in quasi-possesso; verbigrazia, perchè i suoi pesi sono sostenuti dalle pareti del vicino; dond' è eziandio che se per mille anni il solaio fosse rinnovato sulla colonna del vicino, la servitù non si perderebbe, nè si estinguerebbe; laonde neppur in mille anni essa si prescrive (*c*). È natura poi di questa servitù di portare il peso, che chi la deve, sia tenuto a fare; benchè nelle altre servitù di regola avvenga altrimente, vale a dire, che l'obbligato a servitù non sia tenuto a fare, ma a soffrire soltanto; e la ragione si è questa: che nella servitù di sop-

(1) *In d. l. eum debere columnam.*

(2) *L. fin. C. de sacrosan. eccl. et l. an ususfr. de usufr. et l. proponebatur, ff. de jud.*

(3) *Not. gloss. in l. 2. § hoc autem edictum perpetuum 34. ne quid in loco publico.*

(4) *Juxta ea quae dixi supra in 10. quaest. principali.*

(5) *Facit quod not. in l. qui luminib. de serv. urban. praedior. et quod not. per gloss. singularem 16. quaest. c. per singulos in vers. dubitare in fin. ibi.*

(6) *Ut est text. in l eum debere columnam, in princ. et l. et si forte, § etiam si servitut. vend. et l. sicuti § Arist. eod. tit.*

(7) *Ut est text. in l. quoties, 15. § 1. de serv. tit. generali, et in d. § etiam, l. 1. in fin. et in l. 2. § praeterea de aqua plu. arcend. et dixi supra in quaest. 1. princip. de natura serv. in princ.*

Digitized by Google

di (1), *quia venit in consequentiam: nam in servitute oneris ferendi in perpetuum, venit ut quis teneatur reficere aedificium collapsum, ut possit onera supportare* (2), *ergo in consequentiam qui debet facere, non debet pati, sed reficere tenetur, circa quod vide quae proxime dicam.*

IV. *Sed numquid ille, qui debet servitutem oneris ferendi, vel aliam, debeat reficere suis expensis, ut puta columnam, vel parietem sustinentem onera vicini? et videtur quod sic,* ut est text. in l. eum debere columnam, in princip. de servit. urbanor. praedior. *In contrarium videtur,* leg. 1, § fin. et leg. 2, § praeterea, de aqua pluv. arc. *Tu dic breviter, quod aut fuit actum in constitutione servitutis, quis debeat reficere, et cujus expensis, et pacto standum est, et illud servari debet* (3). *Aut non fuit actum expresse, ad quem refectio spectaret: et tunc si ille qui debet servitutem, consuevit reficere a tempore, cujus non extat memoria in contrarium, et idem, ut ipse teneatur* (4), *quoniam pactum et vetustas a pari procedunt* (5). *Si vero de ista consuetudine non apparet, et tunc in servitute oneris ferendi ille reficit suis expensis, qui servitutem debet* (6), *et rationem dixi supra, vel quia speciale in ea, vel quia in consequentiam venit. In aliis autem servitutibus distingue: Aut ex refectione potest sequi aliqua utilitas: ut quia ex purgatione rivi trahit ad se pinguedinem ibi collectam: et tunc est in domini potestate praedii servientis, vel purgare, vel peti quod per alium purgetur: et ideo ille cui debetur servitus, alternative aget, ut reus reficiat aut refici patiatur* (7). *Aut ex refectione nulla sequitur utilitas, sed solum expensa, et tunc indistincte debens servitutem, debet tantum pati, et non reficere* (8), *fallit in servitute oneris ferendi, et ita tenet Barthol.* (9), *et ita tenet Ang.* (10). *Dictum est de refectione rei, quae onus sustinet: sed quid si perit in totum, puta quia columna combusta est, vel paries depositus: an debens servitutem*

portare il peso in perpetuo v' ha una cosa speciale e che viene di conseguenza; ed è che taluno sia tenuto a rifare l'edificio crollato, affinchè possa sostenere i pesi: e però conseguentemente, chi deve fare, non deve soffrire, ma è tenuto a rifare; intorno il qual punto vedi quanto dirò in appresso (*d*).

IV. Ma forse quegli ch'è obbligato alla servitù di sopportare il peso o ad altra servitù, dovrà rinnovare a sue spese la cosa serviente, per esempio, la colonna od il muro che sostiene i pesi del vicino? Sembra che sì, per la citata legge *eum debere col. ff. De serv. urb. praed.*; ma il contrario sembrano disporre la legge 1 § *fin.* e la legge 2, § *praeterea ff. De aqua pluv. arc.* Tu di' brevemente che: o fu stabilito nella costituzione della servitù chi debba rifare e chi debba sostenere le spese, ed allora si dovrà stare al patto ed osservarlo; o non fu stabilito espressamente a chi spetti il rifacimento, ed allora se quegli che deve la servitù costumò rifare da tempo immemorabile, sarà tenuto a ristaurare la cosa serviente, perchè il patto e l'antichità si parificano. Se poi nulla trapeli di questa consuetudine, in tal caso rifarà a sue spese colui che deve la servitù, per la ragione che dissi più sopra, cioè perchè v' ha in essa una cosa speciale o perchè viene di conseguenza. Nelle altre servitù poi distingui: o dalla ristaurazione può seguire qualche utilità, come, perchè dallo spurgamento del canale si ricava il concime ivi raccolto, ed allora è in facoltà del proprietario del fondo serviente lo spurgare, o il soffrire ch'altri spurghi; e però quegli cui è dovuta la servitù agisce alternativamente, affinchè il reo o restauri, o soffra ch'altri restauri. O dal rifacimento non proviene alcuna utilità, ma spesa soltanto, ed allora indistintamente chi deve la servitù è tenuto solamente a soffrire e non a ristaurare. V' ha però una eccezione a questa regola nella servitù di sopportare il peso; così ritengono Bartolo ed Angelo. Parlammo finora del ristauramento della cosa che sostiene il peso: ma che di diritto, se ella perisce interamente, per esempio, perchè la colonna si abbruciò od il muro fu atterrato? In tal caso chi deve la servitù sarà tenuto a sosti-

Digitized by Google

oneris ferendi, teneatur aliam supponere, vel parietem reaedificare? Dic quod sic (1), *de quo dic, ut ibi per gloss.* (2).

V. *Sed quid si concessi tibi aream, ut ibi aedifices domum, in qua debeas me recipere cum sociis meis transeuntibus, an domo destructa quocumque casu novam reaedificare teneris? et videtur quod sic: quia sicut dixi in servitute oneris ferendi, ut perpetuum esse debeat: ita videbitur esse dicendum in ista obligatione seu onere recipiendi me et socios meos, ut debeat esse perpetua, et hoc tenet Jacob. de Aret.* (3), *sed Ang.* (4) *tenet contrarium: quia in hac quaestione ille qui promisit, non tenetur recipere, nisi in domo aedificanda* (5), *illa enim quae secundo aedificatur, non est ea domus* (6). *Non obstat secundum eum* d. l. eum debere, *quia ibi semper fuit facta promissio oneris ferendi, unde sui natura haec obligatio est perpetua, cum causam successivam habeat, et numquam plene satis factum intelligi possit* (7).

VI. *Quando autem paries vel columna debens servitutem reficitur, ad quem interim spectabit fultura aedificiorum, ne corruat? Dic ad dominum cui servitus debetur,* ut est text. not. in l. sicuti 8 in princ. si servit. vend. *et ibi jurisconsultus dat consilium domino superiori, si non vult fulcire, ut aedificia deponat, et reficiat, cum paries fuerit restitutus: et est consilium ironicum, secundum gloss. ibi, quod istud erit sibi deterius quam fulcire, et allegatus ille text. ad illud vulgare, quod consultius est malum sustinere, quam malum pati et pejus.*

VII. *Sed quaero quis debet mihi servitutem, ut in parietibus suis habeam trabem seu tigna, per quae solarium meum sustineatur, an ista erit servitus tigni injuncti vel oneris ferendi? videtur esse tigni injuncti: quia tigna habeo in parietibus*

tuire un'altra colonna od a rifabbricare il muro? Rispondi che sì, e intorno a ciò di' come la glossa (*e*).

V. Ma che sarà, s'io ti concessi un'area affinchè tu costruisca una casa, nella qual debba ricevere me ed i miei compagni che passano: distrutta questa casa per qualsivoglia evento, sarai forse tenuto a rifabbricarla? Sembra che sì; perchè, siccome dissi nella servitù di portare il peso, che questo dev'essere perpetuo, così sembra doversi dire perpetua questa obbligazione o peso di ricevere me ed i miei compagni. Questa è opinione di Jacopo d'Arena, ma Angelo di Arezzo ritiene il contrario: perchè in questo caso quegli che promise non è obbligato a ricevere, fuor che nella casa da costruirsi; avvengachè quella che si fabbrica per la seconda volta non sia la casa designata. Ned osta, secondo lui, a questo senso la citata legge *eum debere col.*, perchè in essa fu fatta promessa di sopportar sempre il peso, e però tale obbligazione è di sua natura perpetua, dacchè ha una cagion successiva, e non si può mai riguardare pienamente soddisfatta (*f*).

VI. Quando poi il muro o la colonna obbligata alla servitù si ristaura, a chi frattanto spetterà puntellare l'edificio affinchè non crolli? Rispondi: al proprietario cui è dovuta la servitù, come dispone il testo notabile della legge *sicuti in princ. ff. si serv. vindic.*, nella quale il giureconsulto Ulpiano consiglia il padrone superiore a lasciar pure che crolli l'edificio se non vuol puntellarlo, ed a rimetterlo poscia quando il muro sarà ristaurato; ed è consiglio ironico, secondo la glossa, perchè ciò gli riescirebbe di maggior detrimento che il puntellare non fosse, e s'allega questo testo a confermazione del trito adagio, ch' *è più prudente sostenere un male, che soffrire quel male e peggio ancora* (*g*).

VII. Ma io chieggo: se alcuno mi deve la servitù ch' io tenga ne' suoi muri una trave o più travi che valgano di sostegno al mio solaio, questa servitù sarà ella forse della trave imposta, o di sopportare il peso? Sembra esser quella della trave imposta: perchè

Digitized by Google

de servitut. urban. praed. *Ego credo, quod in hoc sint consideranda verba impositae servitutis. Aut enim dicitur, quod quis possit immittere tigna in parietibus suis, et supra solarium aedificare: et erit servitus tigni injuncti, licet in consequentia onera sustineat* (1). *Aut dicitur: quod quis teneatur sustinere mea, vel solarium meum: et tunc erit servitus oneris ferendi* (2), *licet in consequentiam habeat tignorum immissionem: quia inspicere debemus, quod principaliter sit: non quod in consequentiam* (3). *Aut verba sunt ambigua, et non constat de eis: puta quia praescriptum est: et tunc puto in casu praedicto, quod sit potius tigni injuncti, quam oneris ferendi* (4), *nam licet utrobique sustineatur onus, tamen quia in prima specialiter de onere ferendo dicitur, non secunda etc. Sed si esset servitus columnae sustinentis solarium vicini, quae non requiesceret in parietibus, sed in solo debente servitutem: et tunc non est dubium, quod esset servitus oneris ferendi, non tigni injuncti* (5). *Ex his habes quomodo cognoscatur servitus tigni injuncti a servitute oneris ferendi. Item quae sit differentia inter unam et aliam* (6).

VIII. *Ultimo quaeritur, si legatur vel venditur domus, an videatur imposita servitus, ut sustineat onera pertinentia quae ipso actu sustinebat? et dic quod sic: maxime si contrahentes hoc sciebant* (7). *Nec obstat* l. in vendendo de action. empt. *quia loquitur in servitute, quae non habebat causam continuam, et ita tenet Bart.* (8). *Alia plura circa istam materiam vide quae dicam infra de onere ferendo, quae etiam hic convenire possent.*

(1) *Per dict.* § *competit. ubi est casus.*

(2) *Et ita loquitur d. l. eum debere, ibi, paries oneri ferendo, etc.*

(3) *Ut l. si quis nec causam, et ibi not. si certum pet.*

(4) *Et probatur in d. l. sicuti,* § *competit, et hoc sentit gloss. not. in* § *distat in verb. actionem: ibi*

sia servitù di sopportare il peso in virtù della legge *eum debere ff. De servit. urb. praed.* Io credo che in questo caso si debbano considerar le parole usate nello imporre la servitù. Imperocchè, o si dice che taluno possa immetter travi nelle altrui pareti e fabbricarvi sopra il solaio, e sarà servitù della trave imposta, benchè per conseguenza sostenga un peso. Oppur si dice, che taluno sia obbligato a sostenere le cose mie od il mio solaio, ed allora sarà servitù di portare il peso, benchè in conseguenza contenga la immissione delle travi; conciossiachè dobbiamo osservare ciò ch'essa è principalmente; non ciò ch'è nelle conseguenze. Oppure le parole sono ambigue e nulla da esse si ricava, per esempio: perchè fu prescritto; ed in questo caso io stimo che sia meglio servitù della trave imposta, che di portare il peso; avvengachè, sebbene il peso sia sostenuto nell'uno e nell' altro caso, tuttavolta perchè nella detta legge *sicuti* § *competit* si parla specialmente del peso da sopportarsi, e non se ne parla dalla glossa sul § *distat* ecc. Ma se fosse servitù della colonna sostenente il solaio del vicino, la quale non poggiasse sui muri, ma nel suolo obbligato a servitù, ed allora è fuor di dubbio ch'ella sarebbe servitù di portare il peso, non già della trave imposta. Da queste cose puoi desumere in qual modo si distingua la servitù della trave imposta da quella di portare il peso, e così pure qual differenza sussista fra l'una e l'altra (*h*).

VIII. Da ultimo si dimanda: se, quando una casa vien legata o venduta, sembri imposta la servitù di sostenere i pesi che le incombono e che sosteneva al tempo del legato o della vendita? Rispondi che sì; massime se i contraenti li conoscevano. Nè fa ostacolo a tale sentenza la legge *in vendendo ff. De act. empt.* perchè parla di servitù che non avea causa continua, e questa è altresì opinione di Bartolo. Circa tale materia vedi quello che dirò poscia nel capo del *peso da portarsi* e che anche qui potrebbe convenire (*i*).

(6) *Colligitur ex praedictis, in vers. hujus autem servitutis, et in vers. sed nunquid ille, et 5. de text. cum gloss. in d.* § *distant.*

(7) *L. quod conclave de damno infecto, conjuncta l. 1. in princ. de action. empt.*

(8) *In l. 1. circa principium, de serv. leg. et vide dicta in sec. sem. in merito, sed consequenter*

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO XXXVII.

(*a*) Secondo l' articolo *Servitù* nel Dizionario del Merlin la servitù *oneris ferendi* obbligava pel diritto romano colui che n' era aggravato a sostenere sul suo pilastro o sul suo muro il peso dell' edifizio del suo vicino.

E secondo il Mackeldey nel suo Manuale § 289 quella servitù stava nel diritto di appoggiare il mio edifizio sull' edifizio, sul muro, sulla colonna del vicino.

Anche il pian terreno di un edifizio che sopportasse il peso dell' edifizio altrui costruitovi sopra doveva essere soggetto a quella servitù.

Il § 475, n. 1 del Codice austriaco la chiama il diritto d' imporre un peso dell' edifizio proprio sull' edifizio altrui.

Il Codice Napoleone non ne parla particolarmente.

E per questo Codice continua ed apparente; dunque si acquista secondo l' art. 690 di esso.

Secondo il Codice austriaco si acquista come ho detto nell' annotazione *a* del Capo XIX.

(*b*) Per l' art. 687 del Codice Napoleone è sempre urbana perchè riguarda fabbriche. Il § 475 del Codice austriaco la enumera fra le urbane.

Ma pel § 474 è rustica quando l' edifizio dominante è destinato alla economia rurale.

P. e. avendo io un fenile in città soprapposto ad un pian terreno altrui e destinato a raccogliere i foraggi pel nutrimento dei bovi di una mia campagna, avrei una servitù rustica, perchè quel fenile sarebbe destinato alla economia rurale.

Del resto su questo proposito mi riferisco a ciò che ho detto nell' annotazione *a* del Capo XI.

(*c*) Servitù perpetua dicesi in contrapposizione alla temporanea.

Temporanea è quella che dee durare per un tempo determinato, p. e. due anni, o per un dato tempo indeterminato, p. e. fino all' avverarsi di un tale avvenimento e non più oltre.

Perpetua sarà dunque quella che dee durare senza quelle limitazioni di tempo.

Una servitù prediale è per tal modo perpetua se anche vada perduta per prescrizione per non esserne stato fatto uso pel tempo dalle leggi stabilito.

Altrimenti tutte le servitù, perchè soggette ad essere perdute per prescrizione, sarebbero temporanee.

Perpetuo poi non è nè eterno nè sempiterno, come dice l' autore, perchè *sub sole* tutto ha fine.

(*d*) Per quello che ho detto nell' annotazione *a* n. 1 del Capo VIII la servitù *oneris ferendi* sta essenzialmente nell' obbligo di tollerare sul proprio il peso dell' edifizio altrui.

Sta dunque nel tollerare, non nel fare.

Se chi dee tollerare quel peso è obbligato anche a conservare l' edifizio, il muro, la colonna ecc. che lo sopporta, cioè è obbligato a fare, ciò non è servitù ma condizione speciale aggiunta alla servitù.

Non è natura dunque di essa servitù, che chi la deve sia tenuto a fare.

(*e*) Chi è obbligato alla servitù di sopportare il peso non dee, per quello che ho detto nell' annotazione *c* del Capo XXIII secondo i Codici Napoleone ed austriaco, sopportare in regola le spese per la conservazione e per la riparazione della cosa serviente.

Invece in regola è a quelle spese obbligato chi ha il diritto di servitù.

In quanto alle eccezioni a tal regola veggasi quello che ho detto nella suddetta annotazione.

Se quegli che deve la servitù sopportò quelle spese da tempo immemorabile, continuerà a sopportarle invece di colui che alla servitù stessa ha diritto.

In questo caso le sopporta per tacito consenso fra lui ed il proprietario del fondo dominante, come ho detto al n. 1 della suddetta annotazione.

Digitized by Google

(*f*) La quistione qui promossa dall'autore non riguarda la servitù prediale di sopportare il peso.

Infatti nella obbligazione di costruire una casa per ricevere me ed i miei compagni nei loro viaggi o passaggi non havvi servigio di un fondo per utilità o vantaggio di altro fondo; quindi non havvi servitù prediale.

Posso dunque omettere di parlare di tale quistione.

(*g*) In regola le spese per la conservazione e per la riparazione della cosa serviente stanno a carico di chi ha il diritto di servitù.

Le spese di puntellature ed armature per conservare e riparare il muro o la colonna che sopporta il peso dell'edifizio altrui sono una parte delle suddette spese anche se tendono a fare che per effetto dei lavori nella colonna o nel muro quell'edifizio non crolli.

Dunque mi sembra che in regola debbano essere sopportate dal proprietario dominante e non dal serviente.

Anche qui per le eccezioni a questa regola mi richiamo all'annotazione *c* del Capo XXIII.

Mi sembra che stieno poi a carico del proprietario dominante le spese delle puntellature ed armature per conservare e riparare l'edifizio il cui peso dee essere sopportato indipendentemente dal muro o dalla colonna serviente, quando non debba sopportarle il proprietario serviente o in forza a qualche titolo, o per averle sostenute per tutto il tempo e nel modo richiesto dalle leggi perchè il proprietario dominante sia liberato dall'obbligo di sostenerle.

(*h*) Quando il peso dell'edifizio altrui non è sostenuto da travi infisse nel mio muro ma lo è in altro modo p. e. da un muro, da una colonna di mia ragione sorgenti dal mio terreno, allora non havvi a parer mio servitù *tigni immittendi*, sì bene la servitù diversa *oneris ferendi*.

Ma quando il peso dell'altrui edifizio è sostenuto da travi infisse nel mio muro, allora lo confesso mi è difficile se non impossibile ritenere ch'esista una di quelle due servitù esclusa l'altra, che ora possa esistere l'una ed ora l'altra, e che abbiavi quindi fra esse essenziale differenza.

Infatti esiste la servitù *oneris ferendi* perchè il mio muro sopporta il peso dell'edifizio altrui, sebbene il sopporti mediante le travi immesse in esso.

Ma appunto perchè in esso sono immesse le travi, esiste anche la servitù *tigni immittendi*.

Il Cipolla dice essere la servitù in questo caso *oneris ferendi* ovvero *tigni immittendi* secondo le parole usate nello stabilirla.

Sicchè se è detto di costituire la servitù di sopportare il peso, essa è *oneris ferendi*.

Se è detto invece di costituire quella d'immettere travi, essa è *tigni immittendi*.

Ma mi sembra che anche nel giudicare quale fra due servitù veramente esista, non si debba stare unicamente alle parole colle quali fu costituita.

Mi sembra invece che si debba esaminare la vera natura di essa e stare a quella natura.

E stando a questa vera natura, nel presente caso la servitù è *tigni immittendi* per riguardo alla immissione delle travi.

Ma è al tempo stesso *oneris ferendi* per riguardo al peso che mediante quelle travi dee essere sopportato.

Lo Schuster al § 157 del suo trattato del diritto di fabbricare dice non sembrare

Digitized by Google

Ma in questo caso domando io. Quando il vicino vuole edificare una casa sul mio muro, e a tale oggetto gli concedo d' immettere travi senza limitazione: in riguardo al mio muro che dee sopportare quella casa non havvi la servitù *oneris ferendi?* Ed in riguardo alle travi da immettersi senza limitazione in quel muro non havvi la servitù *tigni immittendi?*

Invece, continua egli, se io assumo soltanto l'obbligo di sopportare il peso, il vicino ha acquistato il solo diritto di appoggiare il tetto sul mio muro o sulle travi infisse alla superficie di esso.

Quando, come dice qui lo Schüster, il tetto altrui esser dee appoggiato sul mio muro, e quando è possibile che vi venga appoggiato senza immettere nel suddetto mio muro travi, allora siamo d'accordo non esistere la servitù *tigni immittendi*, ed esistere soltanto quella *oneris ferendi.*

Ma quando il tetto altrui esser dee appoggiato a travi infisse nel mio muro, sebbene alla superficie di esso, allora domando di nuovo. In riguardo al mio muro che sopporta il peso del tetto altrui non havvi la servitù *oneris ferendi?* Ed in riguardo alle travi altrui immesse nella superficie del mio muro non havvi la servitù *tigni immittendi?*

Dove in questi casi havvi essenziale differenza fra le due servitù?

Ma il Codice austriaco al § 475 num. 1, 2, distingue il diritto d'imporre un peso dell' edifizio proprio sull' edifizio altrui, dal diritto d' immettere una trave od un travicello nell' altrui muro.

Dunque distingue fra le due servitù *oneris ferendi* e *tigni immittendi.*

E se distingue, vi dee essere tra esse differenza.

Io non vi scorgerei altra differenza che la seguente.

Se il peso dell'edifizio proprio è imposto sull'edifizio altrui senza immissione di travi, come, per esempio, quando quel peso è appoggiato su un muro, su una colonna, su un pilastro altrui sorgenti dal fondo altrui, allora vi avrà la servitù *oneris ferendi* e non quella *tigni immittendi.*

Se poi il peso dell'edifizio proprio è imposto sull'edifizio altrui mediante immissione di travi, allora vi sarà servitù *tigni immittendi*, perchè appunto le travi immesse, sono il mezzo pel quale è sopportato il peso, e perchè in questo senso la legge le ha forse considerate come cosa principale in vista alla quale ha dato il nome alla servitù.

Ma in fatto se mediante quelle travi è sopportato il peso, la servitù *tigni immittendi* si confonde, si unisce con quella *oneris ferendi.*

A questo proposito noto che il Codice generale prussiano al § 55 del titolo 22, parte prima, chiama servitù prediale il diritto di edificare sul muro di proprietà d' un altro, ovvero di collocare una trave su quel muro.

Il Codice Napoleone ha evitato di enumerare e definire le servitù prediali costituite per fatto dell'uomo. Quindi non definisce le due servitù delle quali qui ho fatto parola.

(*i*) Venduta o lasciata in legato una casa aggravata dalla servitù prediale *oneris ferendi*, quella servitù come diritto reale segue il fondo nelle mani del compratore o del legatario.

Digitized by Google

CAPO XXXVIII.

DE SERVITUTE ITINERIS SEU ACTUS.

I. *Habeas si servitutem eundi ad domum tuam per castellum meum, vel curiam, vel scalas meas, an ego de nocte januam claudere possim.* — II. *Divisio domus vel alterius fundi si inter plures facta fuerit, non videtur actum, quod unus aditum per alterius partem habeat sicut prius habebat, nisi hoc inter eos specialiter conventum sit.* — III. *Praedium meum si tibi vendidi, ad quod iri non poterat, nisi per aliud meum praedium, non videtur actum, ut illud tibi servitutem debeat, nisi expresse dictum fuerit.* — IV. *Iter seu actus an et quomodo debeatur: et an talis servitus sit praestanda ab haerede, usufructuario, vel legatario, vel e converso: et aliis etiam habentibus utile dominium, vel directum.* — V. *Differentia inter usumfructum et proprietatem quaenam sit.* — VI. *Domos tuas unica contignatione contextas, si quispiam habeat, et unam vendidit, alteram sibi retinuit: non poterit emptor invito venditore retinere tigna quae requiescunt in domo vendita, nisi forma contractus aliter se habeat.* — VII. *Haeres eo casu quo aditum praestare tenetur, an ipsi praedio legato servitus constituta sit, ita ut legatarius confessoriam contra impedientem intentare possit.*

Haec est ultima servitus urbana, quam in specie hoc libro declarare constitui: caeterae si quae sunt in domo per me figurata, de qua proxime dicetur, intelligi

CAPO XXXVIII.

DELLA SERTITÙ DI PASSAGGIO E DI CONDOTTA.

I. Se hai la servitù di andare alla tua casa passando pel mio castello, o cortile, o per le mie scale, posso io chiudere la porta in tempo di notte? — II. Se fu fatta divisione fra più socii d'una casa e di un altro fondo, non sembra pattuito ch'uno abbia il passaggio per la parte d'un altro, come dianzi l'aveva, qualora ciò non sia stato specialmente fra essi convenuto. — III. Se io ti vendetti il mio fondo, al quale non si poteva andare se non se passando per altro fondo, non sembra stabilito che questo sia obbligato a servitù verso te, se ciò espressamente non fu detto. — IV. Se, e quando sia dovuto il passaggio o la condotta; e se tale servitù debba prestarsi dall'erede, dall'usufruttuario o dal legatario, oppure all'opposto; e da altri ancora che hanno l'utile od il diretto dominio. — V. Quale vi sia differenza tra usufrutto e proprietà. — VI. Se taluno abbia due case congiunte insieme con una sola travata, ed una ne venda, l'altra conservi, il compratore non potrà senza il consenso del venditore serbare le travi che poggiano sulla casa venduta, quando il contratto non gli dia tale facoltà. — VII. Se, nel caso in cui l'erede è tenuto a prestare il passaggio, si ritenga costituita la servitù allo stesso fondo legato, così che il legatario possa intentare l'azione confessoria contro chiunque glielo impedisce.

Questa è l'ultima servitù urbana che specialmente ho divisato spiegare in questo libro; le altre, quante sono comprese nella

Digitized by Google

I. *Si habes servitutem eundi ad domum tuam per castellum meum, vel domum, vel curiam, vel scalas meas, an ego possim claudere de nocte januam? Et dic, quod sic: quia intelligitur actum, ut possis ire de die non de nocte* (1), *et est ratio, quia de nocte non licet ire per civitatem vel domos alienas, ut ibi probatur juncta gloss. secundum Paul. de Cast.* (2), *quae bene nota et pro illis, qui habent plures domos, ad quas ingreditur per unam curiam, quae sit unius tantum, et omnes stant sub una clavi* (3), *sicut est Venetiis, et in multis locis. Unde ex his not. licet quis praetendat jus eundi per domum vel fortilicium, aut scalas alterius, etiam jure servitutis constitutae itineris seu actus: tamen debet ire congruis horis: unde intelligitur, quod tantum de die ire possit, et ita Flor.* in d. l. iter. *unde facit secundum eum ad collegiatum seu confoederatum, qui se obligavit, ut liceat alteri confoederato transire per castella et loca sua, ut licet non aperiat portam de nocte non tamen dicatur venire contra conventa; et similiter excusantur custodes fortilicierum, si de nocte alicui non aperiant portam: cum hoc non teneantur facere, propter imminens periculum* (4). *Haec tamen non puto ita amare et incivili modo intelligi, ut nullo modo liceat de nocte ire sive transire. Nam si potest esse sine periculo, et id quando fieri consuevit, sicut in domibus contingit de hyeme, quo tempore plerumque de nocte itur, vel propter aliquam necessitatem, tunc teneo quod etiam de nocte possit ire et transire, argum.* d. l. furem cum ibi not. *et quia verba sunt civili modo intelligenda* (5), *nec amare sunt intelligenda* (6). *Scriptum est enim, qui nimium emungit, elicit sanguinem* (7), *et habetur originaliter proverbio.* (8).

II. *Not. unum alium casum pulchrum, et quotidianum, quod si contractu inter plures est facta divisio* (*) *domus vel alte-*

I. Se tu hai la servitù di andare alla tua casa passando pel mio castello, o casa, o cortile, o per le mie scale, potrò io chiudere la porta in tempo di notte? Rispondi che sì: perchè s' intende stabilito che tu possa passare di giorno, non già di notte; e la ragione si è: che di notte non è permesso passare per città o per case altrui, come dicono la glossa e Paolo di Castro; le quali cose devono notarsi a favore di quelli che posseggon più case, nelle quali si entra per un cortile che appartiene ad un solo, e tutti dipendono da una sola chiave, come avviene in Venezia ed in molte città. Laonde da esse cose ricava il notabile: che sebbene alcuno pretenda il diritto di passare per la casa, o castello, o scale altrui, anche per dritto di servitù costituita di passaggio o condotta; nondimeno deve passare nelle ore convenienti; e però s' intende che possa passare di giorno soltanto, come dice Floriano sulla legge *iter ff. Comm. praed.* Locchè vale, secondo lui, pel collegato o confederato, il quale si obbligò a permettere che un altro confederato passi pei castelli e luoghi suoi; avvegnachè, sebbene non apra la porta di notte, tuttavolta non si reputa operare contro i patti; e per la stessa ragione si scusano i custodi delle fortezze, se di notte non aprono la porta a chicchessia, mentre non sono tenuti ad aprirla a cagione di sovrastante pericolo. Non credo però che queste cose si debbano intendere in modo sì rigoroso ed incivile che in nessuna guisa sia lecito andare o passare di notte. Conciossiachè se ciò possa avvenire senza pericolo o si faccia per consueto, come rispetto alle case accade in inverno, nella quale stagione per lo più si passa di notte, od avvenga per qualche necessità, allora io ritengo che anche di notte si possa andare o passare, per argomento della legge *furem ff. de sicar.* e perchè le parole debbono intendersi in modo civile e non sinistramente. Imperocchè sta scritto nel libro de' Proverbi: Chi troppo smugne, cava il sangue (b).

II. È degno di nota un altro caso bello e quotidiano: che se per contratto fu tra parecchi divisa (*) una casa od altro fondo,

(1) D. l. iter et ita [illegible]

de aedil. edict. et l. si id quod § si quas de donat.

rius fundi, non videtur actum, quod unus habeat aditum per partem alterius, sicut prius habebat, nisi hoc inter eos specialiter sit conventum (1), *et ideo licet quilibet eorum ante divisionem posset transire per totum fundum, quia in qualibet parte habebat partem pro indiviso: tamen post divisionem nullus poterit* (2), *et hoc est utile, maxime inter fratres dividentes domum per partes, ad quas non possit haberi aditus, nisi per alias partes. Pone exemplum: Tres erant fratres, et domum communem habebant, tria solaria habentem: venerunt ad ejus divisionem, et cuilibet fratrum assignatum est unum solarium; postea fratres qui habebant solaria superiora, volebant ire per solarium inferius alio fratre invito: quaeritur an possint, et an per solarium inferius habeant iter seu aditum. Et videtur quod sic,* per l. binas aedes alias incipit. Cejus de serv. urb. praed. *Dicas contrarium, ut est casus not.* in d. § quaecumque *secundum Ubertum de Cremona et Bald. et Dd. ibi, et hoc probatur etiam ratione. Nam divisio similis est emptioni* (3), *sed in venditione vel via vel iter non venit, nisi expresse sit dictum* (4). *Et ratio hujus est, quia in dubio res libera vendi videtur, et non cum aliqua servitute* (5).

III. *Et propterea si vendidi tibi praedium meum, ad quod iri non poterat, nisi per aliud meum praedium, non videtur actum ut illud debeat tibi servitutem, nisi expresse dictum fuerit* (6), *secus est in legato: quia in dubio videtur res legata, ut haeres possit transire, sicut testator transibat* (7), *et est ratio, quia in ultimis voluntatibus interpretatio fit latior et favorabilior, quam in contractibus* (8), *et ideo sint cauti fratres in dividendo, ut reservent sibi aditum expresse, eodem modo debent esse cauti emptores. Hinc est communiter quod notarii apponunt in in-*

non sembra convenuto che uno abbia il passaggio per la parte dell' altro, come prima lo aveva, se però ciò non sia stato fra loro specialmente pattuito. E però, sebbene ciascuno d' essi prima della divisione potesse passare per tutto il fondo, dacchè in ogni sua parte aveva una porzione indivisa; nondimeno dopo la divisione nessuno il potrà; e ciò torna utile massime tra fratelli che dividono la loro casa in parti, ad alcune delle quali andar non si può se non passando per le altre. Metti questo esempio. — V' erano tre fratelli che possedevano una casa comune avente tre piani; vennero alla sua divisione ed a ciascuno di essi fu assegnato un piano; poscia i fratelli che aveano i piani superiori voleano passare pel piano inferiore a mal grado dell' altro fratello. Si chiede se il possano e se abbiano il passaggio o l' accesso pel piano inferiore. Sembra che sì, in virtù della legge *binas aedes ff. De serv. urb. praed.*, e dirai il contrario pel § *quaecumque leg. via const. ff. De serv. urb. praed.*, ove trovasi un caso notabile adatto, secondo Uberto da Cremona, Baldo ed i Dottori; e ciò è provato altresì dalla ragione. Imperocchè la divisione è simile alla compra vendita; ma nella vendita non è compresa la strada o il passaggio, se espressamente non furono stipulati. E la ragione si è questa: che nel dubbio la cosa si ritiene venduta libera e scevra da qualunque servitù (*c*).

III. Perilchè s' io ti vendei il mio fondo, al quale dianzi non si poteva andare se non passando per altro mio fondo, non sembra pattuito che questo ti sia obbligato a servitù, se essa non fu espressamente convenuta. Altrimenti avviene nel legato; perchè nel dubbio la cosa si ritiene legata in modo, che l' erede possa passare, come passava il testatore; ed a buon diritto: avvegnachè nelle ultime volontà l' interpretazione sia più larga e favorevole che non nei contratti; e però i fratelli nelle divisioni osservino la cautela di riserbarsi espressamente l' accesso; in egual modo debbano

Digitized by Google

usque ad vias publicas, et dicit Bart. et Dd. (1), *quae clausula hic importat, quia licet non debeatur servitus sibi ab alia re mea, tamen si consueveram ire per illam ad rem venditam, vel fratres similiter ire consueverant, alicujus emptor vel frater ire poterit, quia iste potest dici accessus illius rei venditae vel divisae. Cautius tamen esset exprimere in specie, quod iter seu actus debetur per talem locum* (2).

IV. *Sed reassumendo istam quaest. latius in genere, et ut omnia complecti possim, videlicet an iter seu actus debeatur, de qua vide plene per Bart.* (3), *per Jac. Bu. et Bald.* (4), *et per Paul. de Castr.* (5) *et Dd.* (6) *in qua sic concludas. Quod aut ille a quo peto servitutem, mecum non contraxit, nec quasi, aut vere contraxit, vel quasi contraxit. Primo casu, quando non contraxit, nec quasi mecum: et tunc non habeo jus petendi ab eo istum aditum* (7), *et ratio esse potest, quia regulariter res cuilibet libera est, nisi servitus constituta probetur* (8). *Secundo casu, quando mecum vere contraxit, subdistingue: aut contraxit super usufructu, aut super proprietate. Si super usufru. dic quod debetur iter, seu aditus, dato quod nihil dicatur* (9), *et ratio est, quia sine aditu ad eum ususfructus esset inutilis, et est etiam text. qui ponit hanc rationem* in d. l. binas aedes (10), *et intellige sive debeatur ususfructus ex contractu inter vivos, sive ex ultima voluntate: quia reputatur esse modici praejudicii, ex quo perpetuo non durat* (11). *Item intellige, quod iste aditus debeatur usufructuario jure cujusdam commoditatis, non servitutis: quia servitus servitutis esse non potest* (12), *et quod dictum est de usufruct. idem in quocumque contractu dicas, qui principaliter concernat usum rei* (13). *Si vero super proprieta-*

sbocchi sino alle pubbliche strade; e dicono Bartolo ed i Dottori che tal clausola è quivi importante, perchè per essa, sebbene la servitù non sia dovuta alla cosa mia da un' altra mia, nondimeno s' io costumava andare per questa alla cosa venduta, o i fratelli parimente soleano passarvi, vi potrà andare eziandio il compratore od il fratello; essendochè questo si possa dire un accesso di quella cosa venduta o divisa. Tuttavolta sarebbe più cauto lo esprimere in ispecie che il passaggio o la condotta è dovuta per così fatto luogo.

IV. Ma riassumendo questa quistione più estesamente nel genere, ed affinchè tutto io possa abbracciare, cioè quando sia dovuto il passaggio o la condotta; benchè tu possa consultar pienamente Bartolo, Jacopo Butrigari, Baldo, Paolo Castrense ed i Dottori, nondimeno così conchiuderai: O quegli al quale io chieggo la servitù, non contrasse meco, nè quasi-contrasse, ovveramente contrasse o quasi-contrasse. Nel primo caso, quando non contrattò, nè quasi contrattò meco, io non ho diritto di dimandargli questo passaggio, e la ragione può esser questa: che di regola la cosa è libera verso chiunque, se non si provi stabilita una servitù. Nel secondo caso, allorquando veramente contrattò meco, suddistingui: o contrasse sull' usufrutto, o sulla proprietà. Se sull' usufrutto, di' che il passaggio o l'accesso è dovuto, posto che nulla sia detto in proposito; e ciò perchè senza accesso alla cosa l' usufrutto riescirebbe inutile; ed evvi anche un testo nella citata legge *binas aedes* che dà tale ragione; ed intendi: sia che l' usufrutto sia dovuto in virtù di contratto, sia che in forza di testamento, avvengachè si stimi riescire di leggier pregiudizio, perchè non dura perpetuamente. Così pure intendi, che quest'accesso sia dovuto all' usufruttuario per diritto di certa comodità, non già per diritto di servitù, perchè non vi può esser servitù di servitù; e ciò che fu detto dell' usufrutto, di' pure di qualunque contratto che principalmente risguardi l' uso della cosa. Se poi fu con-

Digitized by Google

te rei contractum est, puta vendidit quis proprietatem rei: tunc non venit servitus itineris, sive aditus, neque alia servitus (1), *et ita tenet gloss., Bart. et Ang. et Doct.* (2), *et intellige etsi sine aditu res vendita efficeretur inutilis.*

trattato sulla proprietà della casa; per esempio, taluno vendette la proprietà del suo fondo; ed in tal caso non viene la servitù del passaggio o dell'accesso, nè alcun'altra servitù. Quest'è opinione della glossa, di Bartolo, di Angelo e dei Dottori, ed intendi; ancorchè, priva di accesso, la cosa venduta riescisse inutile.

V. *Et est ratio differentiae inter usumfructum et proprietatem: quia ususfruct. est minoris praejudicii, quia proprietas regulariter numquam finitur, sed ususfruct.* (3). *Sed hoc limita duobus modis. Primo quando esset servitus tigni injuncti vel oneris ferendi: quia tunc cum suo onere res videtur esse vendita, vel aliter alienata* (4), *et ita tenet Bart. et Flor.* (5). *Sed Bald. et Ang. contrarium dixerunt* (6); *dicunt enim, quod in contractibus inter vivos, si non interponitur servitus oneris ferendi, non venit per illa jura, et idem dixit Ang.* in d. l. binas aedes.

V. E n' è ragione la differenza che v'ha tra usufrutto e proprietà; perchè l' usufrutto torna a minor pregiudizio, e perchè la proprietà di regola non finisce mai, sibbene l' usufrutto (*d*). Questa regola però dev' esser limitata in due modi. Primo, quando si tratti della servitù della trave immessa, o di portare il peso; imperocchè allora la cosa sembrerebbe venduta od altrimenti alienata col suo peso, come ritengono Bartolo e Floriano. Ma Baldo ed Angelo dissero il contrario, cioè, che ne' contratti tra vivi, se non fu stipulata la servitù di portare il peso, non può tenersi compresa pei testi citati, e lo stesso disse Angelo sulla legge *binas aedes.*

VI. *Ubi dicit, quod si haberet duas domus unica contignatione contectas, unam vendit, alteram sibi retinet: non poterit emptor invito venditore retinere tigna, quae requiescant in domo vendita, nisi forma contractus aliter se habeat. Unde ipse dicit, sis cautus tu emptor, quia ex hoc vidi jam multas lites, et subdit quod hoc probatur* in l. quod conclave de damno infect., *ubi videtur esse casus, dum dicit, servitutem oneris porticus servandae impositam vendidisse, quasi videatur a contrario sensu: quod secus esset, si non fuisset imposita. Sed ego credo quod non bene dicant: quia in contrarium est text.* in d. l. binas aedes, cum sequent. *cum gloss. super verbo concesserint, quae exponit inter vivos: nam cum venditur domus, videtur imposita servitus, ut sustineat omnia permanentia, quae ipso actu tunc sustinebat, et ita debet intelligi* d. l. quod conclave *secundum Bart.* (7) *et talis servitus dicitur habere*

VI. Dice egli su quella, che se taluno avesse due case congiunte con una sola travata, ed una ne vendesse, l' altra si ritenesse, non potrebbe il compratore a mal grado del venditore conservare le travi che poggiano nella casa venduta, ove le parole del contratto nol consentissero. Dond' è ch'egli ammonisce: sii cauto, o compratore, perchè da tal cagione vidi sorgere molte liti; e soggiunge poscia che ciò è provato dalla legge *quod conclave ff. De damno infecto*, ove sembra trovarsi un caso a proposito, mentre essa reca: *aver venduto le altre case colla servitù imposta del peso di conservare il portico*, come se la regola fosse confermata dal senso contrario; che se la servitù non fosse imposta, sarebbe altrimenti. Ma io credo che non dicano bene; avvegnachè alla loro opinione s'opponga il testo della citata legge *binas aedes* colla glossa sulla parola *concesserint*, imperocchè quando si vende una casa, sembra imposta la servitù ch'ella sostenga tutt' i pesi permanenti che al tem-

Digitized by Google

contrahentes hoc sciebant: ut dicit Bartbol. (1) *et dixi in praecedenti servitute* (2) *et istud teneas. Sed si haberet causam non continuam, sicut est servitus itineris seu actus: tunc secundum omnes in contractibus inter vivos non videtur imposita, nisi expresse actum sit* (3), *et isto modo intelligo quod dixi supra* in versic. si vero super proprietate. *Secundo limita, quando instrumentum venditionis invenitur cum illa clausula, cum accessibus et introitibus etc. de qua supra dixi. Tertio etiam limitare potest in via ad sepulchrum: de qua dic,* ut l. si quis sepulchrum in princ. de religios. et not. Bart. in d l.. 1. in simil. *Tertio casu principali quando quis mecum quasi contrahit: puta haereditatem adeundo, cum me legatario* (4), *et tunc regulariter servitus imposita non videtur* (5). *Sed an possit agi, ut imponatur? Dic, aut fuit legatus ususfructus aut proprietas. Primo casu potest agi, ut imponatur illa servitus, si alias ususfructus esset inutilis* (6). *Secundo casu, quando legatur proprietas* (**): *et tunc aut quaeris an a legatario debeat praestari servitus haeredi: et sine dubio dicas quod sic* (7). *Aut quaeris an debeat praestari ab haerede ipsi legatario: vide gloss. ordin. quae hoc disputat* (8). *Sed quicquid dicat illa gloss. Bart.* (9) *dicit, quod credit, quod debeat praestari,* per d. l. binas aedes, *ubi dicitur, quod non potest haeres in totum lumina obscurare rei cujus proprietas est legata: eadem ratione iter debet praestare: quia minus male posses habitare luminibus offuscatis, quam uti sine itinere* (10), *et ita debet intelligi* d. l. binas aedes, *quae est clavis hujus materiae, secundum Bart. et bene.*

allorquando i contraenti ciò sapevano, come scrive Bartolo e come dissi nella servitù precedente, e questo ritieni. Ma se avesse una causa non continua, come la servitù di passaggio o di condotta, in tal caso per generale opinione non sembra imposta ne' contratti fra vivi, se non fu espressamente costituita: e in questo modo intendo ciò che dissi più sopra nel versetto: *Se poi sulla proprietà.* — In secondo luogo dei limitare la predetta regola, quando lo strumento di vendita sia rogato con la clausola su accennata; *cogli accessi ed introiti* ec. In terzo luogo si può eziandio limitare rispetto la strada che mena al sepolcro, della quale di' come la legge *si quis sep. ff. de relig.* e come nota Bartolo sulla legge 1 *eod. tit.* Nel terzo caso principale, cioè quando taluno quasi contratta con me, verbigrazia, coll' adire l' eredità insieme a me legatario, ed allora di regola la servitù non si ritiene imposta. Ma si potrà poi agire, affinchè sia imposta? Rispondi: o fu legato l' usufrutto, o fu legata la proprietà. Nel primo caso si può agire perchè quella servitù sia imposta, dacchè altrimenti l' usufrutto riescirebbe frustraneo. Nel secondo caso, cioè quando fu legata la proprietà (**): o si dimanda se la servitù debba esser prestata dal legatario all' erede, e tu rispondi indubbiamente che sì; o si dimanda se debba esser prestata dall' erede al legatario, oppure da un legatario ad un altro, ed allora consulta la glossa ordinaria che disputa intorno a ciò. Ma checchè dica quella glossa, Bartolo crede che si debba prestare in virtù della citata legge *binas aedes*, ove è detto che l' erede non può interamente toglier la luce alla cosa la di cui proprietà fu legata; imperocchè per eguale motivo il passaggio dev' esser concesso, dacchè meno incomodamente puoi abitare colla luce offuscata, che usare senza il passaggio; ed in tal guisa dev' esser intesa la detta legge *binas aedes*, ch' è chiave di questa materia, secondo Bartolo, e giustamente (*e*).

VII. *Sed circa praedicta quaeritur eo casu quo haeres tenetur praestare aditum, an sit servitus constituta ipso praedio legato, ita ut legatarius possit inten-*

VII. Ma circa le predette cose si chiede: se nel caso in cui l' erede sia tenuto a prestare l'accesso, la servitù sia costituita allo stesso fondo legato, così che il legatario

(1) *In d. l. 1. in princip.*
(2) *In fin.*
(3) *L. in vendendo de contrahend. emption.*
(4) *L. apud Julia, § fin. quibus ex caus. in poss. ea.*
(5) *D. l. quid conclave, et dicam in seq. quaestion.*
(6) *L. binas, vers. non autem, praeallegat. et l. 1. et 2. si ususfruct. pet. et l. damn., § 1. et ibi Bart. de usufruct. legat.*
(7) *L. testatrix, in princip. si servit. vend. et l. si fundum sub conditione* (***), *§ qui fundum, de legatis 1. et l. fin. de servit. rustic. praed.*
(8) *In l. 3. § si loci, de adimen. legat.*
(9) *In l. 1. ante finem, de servit. leg.*
(10) *L. 1. § 1. si ususfruct. pet.*

Digitized by Google

tare confessoriam contra quemquam impedientem (1). *Et videtur quod sic*, per l. si quis partem, § fi. quemad. serv. amit. *Dd. dicunt contrarium, quia ibi loquitur quando servitus fuit expresse legata: hic non expresse, licet fingatur legata tacite* (2), *et ex tacito non transit jus servitutis, sicut nec transit dominum ipso jure* (4), *solum ergo legatarius habet actionem personalem contra haeredem ex testamento, ut servitutem constituat* (3). *Unde sis cautus in agendo et faciendo, quod constituatur tibi servitus si vis quod transeat in te singularem successorem active et passive, quod tene menti in practica. Caetera circa istam materiam vide infra, in itinere sive introitu. Superest nunc, ut quibusdam nominatis in jure servitutibus urbanis explicatis, de domo per me figurata loquamur, per quam reliquas servitutes urbanas facile quisque intelligere poterit, quicquid in fundo urbano fieri permittatur: et in quo servitus et libertas consistat, ut autem haec memoria aut cogitatione faciliora sint, eas ex ipsius domus ordine declaremus.*

possa intentare l' azione confessoria contro chiunque gliene impedisce l' esercizio? E sembra che sì, in forza della legge *si quis partem* § *fin. ff. Quemadm. serv. amitt.* I Dottori però dicono di no, perchè là si tratta di servitù espressamente legata, qui invece di una che nol fu espressamente, sebbene si finga tacitamente legata; e tacitamente non si trasmette il diritto di servitù, come non si trasmette giuridicamente il dominio. Per la qual cosa il legatario avrà soltanto un' azione personale derivata dal testamento contro l' erede, affinchè costituisca la servitù (*f*). Laonde nell' agire e nel fare usa la cautela di farti costituire la servitù, se vuoi che ella trapassi attivamente e passivamente in te successore singolare; locchè rammenta nella pratica. Vedi le altre cose, che dovrebbero dirsi circa questa materia, nel capo *del passaggio od ingresso*. Resta ora che, spiegate alcune servitù urbane nominate in diritto, parliamo della casa da noi immaginata; per la quale ognuno potrà facilmente intendere le rimanenti servitù urbane, e saper ciò che nel fondo urbano sia permesso di fare, ed in che consista la servitù e la libertà. Affinchè poi queste cose più facilmente s' imprimano nella memoria o nella mente, noi le spiegheremo secondo l' ordine della casa suddetta.

(1) *Secundum l. si quis diuturno, in fin. si serv. vend.*
(2) *Ut supra dixi.*
(3) *Ut est text. cum gloss. secundum Iac. de Aret. et Dd. in l. emptor*, § *fin. de rei vend. et in l. servum filii*, § *fin. et quod ibi per Dd. de leg. 1.*
(4) *Ut not. Bart. in d. l. binas.*

(*) *Divisio do.* An in contractu divisionis habeat locum remedium *l. 2. C. de rescin. vend. vide Corn. in 4. vol. cons.* 240. *incip. praesuppositi*, et an in divisione causetur titulus, *cons.* 278. Et quae requirantur in divisorio judicio, *in 2. vol. cons.* 110. *incip. in judicio*, et divisio facta cum extensiva laesione, licet sit jurata: et cum refutatione ad cognita, et incognita, an rescindatur si laesus ignoravit consortem institutum in re certa, vel exhaeredatum cum clausula, quod plus petere non possit: *in vol.* 3. *cons.* 133.

(*) *Divisione della casa.* Se nel contratto di divisione abbia luogo il rimedio della legge 2 *Cod. de rescind. vend.*, vedi Corneo, *vol.* 4, *cons.* 240, che comincia *praesuppositis*; e se dalla divisione derivi titolo, *cons.* 278. E quali cose si richieggano nel giudizio divisorio, *nel vol.* 2, *cons.* 110, che principia *in judicio*; e se la divisione fatta con lesione estensiva, sebbene sia giurata e contenga la rinunzia alle cose cognite ed incognite, si rescinda, qualora il leso abbia ignorato che il consorte era istituito in una cosa certa, o diseredato colla clausola: che più non possa chiedere, *nel vol.* 3, *cons.* 133.

(**) *Propriet.* Proprietas proprie capitur pro dominio: et ideo idem est dicere, causa proprietatis, sicut causa dominii: ideo in statutis sola possessio non verificatur in proprietate *not. Paul. in c.* 1. *de causa poss. et prop.* et quare fuit inventa proprietas, *not.* 12. *quaest.* 1. *dilectissimus*, ubi dicitur: propter iniquitatem scilicet negligentia, *secundum gloss. ibidem*

(**) *Proprietà.* Proprietà veramente si piglia per dominio, e però è lo stesso dire: causa della proprietà o causa del dominio. Perciò negli statuti il solo possesso non si verifica nella proprietà, come nota Paolo Castrense nel *cap.* 1, *De causa poss. et prop.*; e per qual ragione sia stata trovata la proprietà, *not.* 12 *quaest.* 1, *dilectissimus*, ove è detto, per l' iniquità, ovvero per negligenza, secondo la glossa

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO XXXVIII.

(*a*) In questo capo l'autore dice di parlare della servitù urbana, non rustica, del passaggio in ispecie.

Ma mi sembra che parli anche del diritto di passaggio pel predio altrui in genere.

La servitù del passaggio è dal § 477 n. 1 del Codice austriaco annoverata fra le rustiche.

Ma può essere anche urbana. L'ho detto nell'annotazione *a* del Capo XI.

Pel Codice Napoleone questa servitù oltre al poter essere stabilita secondo l'art. 686 per fatto dell'uomo può derivare anche dalla legge.

Gli art. 682-685 di quest'ultimo Codice lo provano.

Sembra però che la servitù legale contemplata da quegli articoli riguardi piuttosto i terreni che gli edifizii.

Pel § 480 del Codice austriaco non havvi in regola servitù legale di passaggio.

Però il § 496 può portare una eccezione a quella regola.

Quando la servitù di passaggio deriva dal fatto dell'uomo essa per l'art. 688 del Codice Napoleone è discontinua. Quindi per l'art. 691 non può essere acquistata mediante il possesso, vale a dire per prescrizione (usucapione).

Secondo il Codice austriaco può essere acquistata come ho detto nell'annotazione *b* del Capo XXX, alla quale del resto mi riporto: §. 480 Cod. Aug

(*b*) Il titolo che ha stabilito questa servitù urbana di passaggio, la regola.

E la regola il possesso, quando come pel Codice austriaco possa essere acquistata anche mediante il possesso (per usucapione).

In ogni caso tanto per l'art. 702 del Codice Napoleone, quanto pel § 484 dell'austriaco dee essere esercitata nel modo meno incomodo pel fondo serviente.

Perciò se uno ha acquistato mediante titolo (documento scritto) la servitù di passare per la mia casa onde accedere alla sua potrà passarvi o nel solo giorno, o nella sola notte, o di giorno e di notte insieme, secondo che il titolo abbia stabilito od uno od altro di quei tempi di passaggio.

E se il titolo nulla a questo proposito ha stabilito converrà badare allo scopo pel quale la suddetta servitù fu stabilita.

Secondo quello scopo, il passaggio avrà luogo o nel solo giorno o nella sola notte, o di giorno ed anche di notte.

Se poi la servitù del passaggio può essere acquistata mediante il possesso, allora *tantum praescriptum quantum possessum*.

Cioè si potrà passare di giorno soltanto, di notte soltanto, o di giorno e di notte insieme, secondo che mediante quel possesso sarà stato acquistato per prescrizione (usucapione) il diritto di passare in uno od in altro di quei tempi.

Il passaggio poi in qualunque tempo debba aver luogo, dee da chi ha l'obbligo di accordarlo essere lasciato libero a chi ha il diritto di usarne.

Ma dal proprietario dominante esser dee come ho detto esercitato col minore incomodo del proprietario serviente.

Quindi se quest'ultimo volesse tener chiusa specialmente di notte la porta della sua casa per la quale l'altro dee passare, credo che questi pretendere non potrebbe che quella porta rimanesse aperta. Basta che per poter liberamente passare egli abbia la chiave di quella porta.

(*c*) Due fratelli erano proprietarii in comune di una casa di due appartamenti.

Per andare al secondo piano è inevitabile passare pel primo.

Se la dividono, e si assegnano per ognuno la proprietà di un piano.

Nella divisione non entrano nè arbitro nè giudice. La fanno amichevolmente fra essi.

L'atto relativo di divisione tace per altro del tutto sul punto se il proprietario del secondo piano debba o no avere il passaggio pel primo piano che gli è come ho detto indispensabile.

Avrà o no il diritto di passarvi?

Digitized by Google

Mi sembra di sì.

Pel § 841 del Codice austriaco, la divisione di una cosa comune dee farsi in modo da contentare ogni consorte.

Se non ponno farla amichevolmente fra loro, altro non resta che farla eseguire dall' arbitro o dal giudice.

E l' arbitro ed il giudice passando alla divisione di fondi o di edifizii a più consorti comuni, decidono pel § 842 se a qualche consorte sia necessaria pel godimento della propria porzione una servitù, e trovatala necessaria decidono sotto quali condizioni debba essergli conceduta.

Cioè quando è necessaria ad un consorte la concedono.

E se la concedono, vuol dire che quel consorte ad essa ha diritto.

Nel caso presente dunque, se la divisione della casa dovesse seguire per via di arbitro o di giudice, dovrebbe da essi essere accordata la servitù del passaggio pel primo piano al proprietario del secondo e ciò perchè essa gli è indispensabile.

E dovrebbero accordargliela perchè ad essa ha diritto.

Ma se il giudice o l' arbitro, facendo essi la divisione, deggiono accordargliela, essa pegli stessi principii di diritto dev' essergli accordata dal proprietario del primo piano, anche se la divisione segue tra i due proprietarii amichevolmente senza intervento di arbitro o di giudice.

Si tratta sempre della divisione, cioè dello stesso atto, al quale deggiono essere applicati gli stessi principii, sia fatto poi o no per via di arbitro o di giudice.

Non credo che possa diversamente dirsi secondo il Codice Napoleone.

Ammettendo anche che l' art. 682 di quel Codice contempli i soli terreni e non gli edifizii, non istabilisce esso che il proprietario di un terreno circondato da ogni parte da terreni altrui e non avente uscita sulla pubblica via, debba avere sui fondi de' suoi vicini il passaggio che gli è indispensabile?

E se ciò è, perchè per l' analogia di tal regola di diritto non dovrà avere il passaggio pel primo piano il proprietario del secondo piano di una casa, quando sia impossibile accedere a questo senza passare per quello?

Il proprietario del secondo piano quando la casa era ancora comune fra esso ed il proprietario del primo, poteva per accedere a quello passare per questo.

E perchè la divisione deve avergli tolto quel diritto, peggiorando così anzi che migliorare la sua condizione?

Se pel Codice Napoleone il proprietario del primo piano non fosse obbligato a dare il passaggio indispensabile a quello del secondo, bisognerebbe conchiudere essere quella legge tanto improvvida da volere che il proprietario del secondo piano ottenga bensì per la divisione la proprietà della sua porzione della casa prima comune, ma la ottenga senza potervi accedere, cioè senza poter farne uso, ed ottenga quindi una proprietà inutile.

Ma questo sarebbe un assurdo e non si può ammettere che una legge contenga assurdi.

(*d*) Altre quistioni fa in questo capo l' autore, ed altre ne ponno essere fatte a proposito del diritto di passaggio.

1.° Io ho comprato, o mi è stato lasciato in legato l' usufrutto di un fondo o di un edifizio.

Non posso accedere a quei predii direttamente per la pubblica via, nè passando per miei fondi od edifizii.

L' accesso mi è possibile soltanto, passando pel fondo od edifizio del mio venditore o della eredità di colui che mi ha lasciato il legato, o della facoltà propria dell' erede o di un terzo.

Il contratto di vendita od il legato nulla affatto dicono sul punto del passaggio.

Concedutomi così quell' usufrutto, dee o no ritenersi che mi sia stato accordato anche il passaggio per accedere al fondo od all' edifizio dell' usufrutto stesso a mio favore gravati?

Potrò pretendere quel passaggio dal mio venditore o dall' erede che rappresenta quegli che mi ha lasciato il legato?

Mi sembra di sì tanto pel Codice Napoleone quanto per l' austriaco.

Per l' art. 578 del Codice Napoleone, quando mi è stato accordato quell' usufrutto,

Digitized by Google

mi è stato accordato il diritto di godere del fondo o dell' edifizio che quell' usufrutto producono, come ne godrebbe il loro proprietario, soltanto col peso di conservarne la sostanza.

E pel § 509 del Codice austriaco, mi è stato accordato il diritto di goderne senza limitazione, salva la sostanza.

Se dunque coll' essermi stato accordato quell' usufrutto mi fu accordato il diritto di godere senza limitazione e come ne godrebbe lo stesso proprietario del fondo o dell' edifizio che lo producono, mi par chiaro che debbami essere stato accordato anche il mezzo di goderne perchè senza quel mezzo non si raggiungerebbe il fine del godimento e perchè chi ha voluto che avessi quel fine, dee aver anche voluto che io abbia il mezzo onde conseguirlo.

Ma il mezzo onde poter senza limitazione e nel modo con cui lo farebbe il proprietario godere del di lui fondo od edifizio ossia percepirne l' usufrutto vendutomi o lasciatomi in legato, è senza dubbio il passaggio necessario onde accedere ai prodi che lo producono. Senza passaggio non posso accedervi e se non vi accedo non può aver luogo il suddetto mio godimento, e l' usufrutto, per così dire, mi è inutile.

Dunque coll' usufrutto dev' essermi stato accordato anche il diritto al necessario passaggio.

Ciò troverebbe appoggio anche in altre disposizioni dei suddetti due Codici.

Per l' art. 1615 del Codice Napoleone nella vendita il venditore ha l' obbligo di consegnare al compratore la cosa cogli accessorii.

E per l' art. 1048 la cosa legata dee essere dall' erede rilasciata al legatario con essi.

Nella vendita poi pei §§ 1047 e 1061 del Codice austriaco la cosa esser dee consegnata con tutti gli accessorii.

E nel legato pel § 686 competono al legatario le accessioni (perchè no gli accessorii?)

L' usufrutto dunque del fondo o dell' edifizio, vendutomi o lasciatomi in legato, dovrebbe dal venditore o dall' erede essermi dato con tutti gli accessorii.

Il necessario diritto di passaggio per accedere ad un fondo o a un edifizio mi sembra poi un accessorio di essi, perchè senza passaggio non si può accedervi, e se non si può accedervi divengono inutili.

Per la stessa ragione quel necessario diritto di passaggio mi pare un accessorio anche dell' usufrutto di quei predii, perchè senza passaggio non posso goderne senza limitazione e nel modo in cui il farebbe il proprietario, e quell' usufrutto mi diviene inutile.

Il Domat nel titolo dei legati, Sezione 4.ª degli accessorii delle cose legate § 9 trattato delle leggi civili ed il Repertorio del Merlin alla voce *Accessorio* annoverano fra gli accessorii dell' usufrutto lasciato in legato di un predio la servitù di passaggio su altro predio della eredità, che sia necessario per godere di quell' usufrutto.

Naturalmente la considerano accessorio dell' usufrutto nel legato, perchè senza esso quel legato sarebbe inutile.

Ma se per questa ragione è accessorio dell' usufrutto in un caso, perchè per la ragione identica nol sarà in tutti gli altri?

Dunque si giunge sempre alla stessa conchiusione, che concedutomi per vendita o per legato l' usufrutto di un fondo o di un edifizio, nella vendita e nel legato è compreso anche il diritto al necessario passaggio.

Come si vede i principii non ammettono difficoltà.

Ma, a parer mio, le ammette e talora gravi l' applicazione dei principii alla specialità dei casi.

Tenterò di superarle secondo il Codice austriaco.

Ma ben lontano dal far pretensione di colpire nel giusto, espongo le mie opinioni solo perchè parmi che l' argomento lo meriti.

Digitized by Google

E se non vogliono darmelo, io pel § 919 del Codice civile avrò il diritto, nella vendita, di chiamare in giudizio il venditore a prestarmelo e ad indennizzarmi ove vi abbia il caso della indennizzazione.

E nel legato aver dovrei contro la eredità o l'erede lo stesso diritto secondo i §§ 684-686.

Credo che in questi casi otterrei dal giudice quel passaggio.

Ma cosa sarà, quando il passaggio indispensabile perchè io goder possa dell' usufrutto vendutomi o lasciatomi in legato non sia possibile se non pel predio di un terzo?

Parlo per maggiore chiarezza, in separato, prima della vendita, poscia del legato.

In quanto alla vendita.

Chi mi ha venduto quell' usufrutto, si è, pei principii che ho esposto di sopra, obbligato a darmi quel passaggio pel predio del terzo.

O il diritto di passaggio per quel predio del terzo gli spetta, ed allora, come ho pur detto di sopra, può e deve darmelo.

E se non vuol darmelo, lo otterrò dal giudice, agendo secondo il § 919.

O invece il diritto di passaggio per quel predio del terzo non gli spetta (caso questo sebben raro, perchè assai di rado deve accadere che uno sia proprietario di un predio senza che vi possa accedere, pure non del tutto impossibile) ed allora dovrà procurarmelo dal terzo.

E se non vuole o non può procurarmelo mi sarà responsabile.

Mi sarà responsabile, perchè avendo in me trasferito l'usufrutto a titolo oneroso, dee, secondo il § 922, guarentire che mi presti l'utile consentaneo alla natura dell' affare, ed alla nostra convenzione, dee guarentirmene cioè l'illimitato godimento secondo il § 509.

Ora, non potendo io per mancanza di passaggio accedere al predio del quale mi è stato venduto l'usufrutto, sono del tutto privo di quell' illimitato godimento.

Impeditomi così l'uso ordinario dell' oggetto vendutomi, posso pel § 932 chiedere in giudizio contro il mio venditore la intiera rescissione della vendita, e secondo i casi anche il lucro cessante ed il danno emergente.

Nè sembrami che per contrastarmi tale diritto, il venditore potesse validamente oppormi, essere la mancanza del necessario passaggio un vizio evidente pel quale, secondo il § 928, non havvi luogo ad evizione.

Il vizio naturalmente dee essere stato evidente, apparente, o prima od almeno al momento della vendita.

Ora fra i due fatti che un predio non sia o sia privo di accesso, del diritto di passaggio, quale è naturalmente supponibile?

A mio modo di vedere è naturalmente supponibile il fatto che abbia quell' accesso quel diritto a passaggio.

Come in fatti supporre che taluno sia proprietario di un predio, e gli sia poi impossibile accedervi perchè non vi è congiunto il suddetto diritto di passaggio?

Come supporre che abbia una proprietà inutile?

Ammesso come ammetto che il fatto della mancanza del necessario passaggio non mi sia stata resa nota dal venditore, io al momento della vendita supporre doveva che quel passaggio vi fosse.

E ciò dovendo supporre, la mancanza di quel diritto di passaggio se è un vizio, non sarebbe per me vizio evidente.

Sarebbe invece un vizio occulto pel quale havvi luogo ad evizione.

In quanto al legato.

Voglio anche ritenere che quegli che mi ha lasciato in legato il suddetto usufrutto

Digitized by Google

Con atto di ultima volontà lasciò a titolo di eredità il secondo predio al suo erede e me legò l'usufrutto a me.

Lasciò a titolo di legato il primo predio ad un terzo, senza riservare all'erede proprietario del secondo predio nè a me usufruttuario di esso, il passaggio indispensabile per quel primo predio, ma anche senza negarcelo.

Spetterà quel diritto di passaggio all'erede proprietario del secondo predio?

Dovrò io averlo come usufruttuario?

Ecco su ciò i principii della legge romana.

Si duos fundos habens testator, alterius mihi usumfructum; alterum Titio legat: aditum mihi legatarius non debebit, sed haeres cogitur redimere aditum et praestare. Frammento 44, § 9, libro 30.° I del Digesto.

Qui il legatario del predio pel quale mi è come legatario dell'usufrutto di altro predio indispensabile di passare, non è obbligato a darmi direttamente il passaggio, ma l'erede dee redimerlo e darmelo.

Qui duos fundos habebat, unum legavit et alterius fundi usumfructum alii legavit. Quaero, si fructuarius ad fundum aliunde viam non habeat quam per illum fundum qui legatus est, an fructuario servitus debeatur? Respondit, quemadmodum si in haereditate esset fundus per quem fructuario potest praestari via, secundum voluntatem defuncti videtur id exigere ab haerede; ita et in hac specie non aliter concedendum est legatario fundum vindicare, nisi prius jus transeundi usufructuario praestet; ut haec forma in agris servetur quae vivo testatore obtinuerit ecc. Frammento 15, § 1, libro 33.° titolo 2.° del Digesto.

Qui l'erede può negare al legatario del predio, pel quale mi è come legatario dell'usufrutto di altro predio indispensabile di passare, la consegna del suo legato finchè non mi abbia dato il diritto del passaggio.

Crederei che, in questo caso, principii simili dovessero essere applicati anche secondo il Codice austriaco.

Nel caso concreto cioè mi pare impossibile che quegli che ha disposto per atto di ultima volontà dei due predii, lasciando al suo erede la proprietà ed a me l'usufrutto del secondo predio, abbia voluto lasciare all'erede una proprietà ed a me un usufrutto inutili, non lasciandoci l'indispensabile diritto di passaggio sul predio lasciato in proprietà del terzo.

Dunque colla proprietà e coll'usufrutto del secondo predio dee averci lasciato anche il diritto di passaggio sul primo predio, al terzo legato.

E se ci ha lasciato quel diritto di passaggio su questo primo predio, mi pare egualmente impossibile che possa ammettersi, che abbia lasciato al terzo questo predio, senza obbligo di darci il passaggio suddetto.

Dovrebbe invece ammettersi che abbia legato al terzo il primo predio coll'obbligo se non esplicito pure implicito di darci quel passaggio.

Se altrimenti fosse, il lascito del primo predio distruggerebbe il lascito del secondo, vale a dire, l'erede avrebbe la proprietà ed io avrei l'usufrutto di un predio bensì, ma avremmo una proprietà ed un usufrutto del tutto inutili.

Ma non può essere stata mente del disponente di fare una disposizione inutile.

Dunque bisognerebbe conchiudere, che colla proprietà e coll'usufrutto del secondo predio ci abbia lasciato anche il diritto del passaggio indispensabile sul predio lasciato al terzo.

E se anche questo terzo legatario non è obbligato a dare il diritto di passaggio direttamente a me usufruttuario, col quale può dire di non essere in relazioni di diritto, è però obbligato a darlo all'erede, che dovendo dal canto suo eseguire la volontà del defunto, dee prestarlo a me.

Digitized by Google

averlo, e qui se non si ammette che sia stata lasciata la servitù del passaggio, la proprietà lasciata all' erede e l' usufrutto lasciato a me sono inutili, ed il lascito che dee aver contemplato di farci cosa utile non sorte alcun effetto, mentre può sortirlo quando si ammetta a carico del predio legato al terzo la suddetta servitù.

D' altronde, anche ammessa quella servitù, il legato del terzo ha effetto, poco essa cangiando nel legato medesimo.

Finalmente, tanto l'erede proprietario ed io usufruttuario del secondo predio, quanto il terzo legatario del primo, abbiamo pei §§ 526 e 684 del Codice acquistato diritto alle cose lasciateci, dal dì della morte di colui che ce le ha lasciate e non prima.

Il nostro diritto sorto allo stesso momento è contemporaneo.

Il terzo, legatario del primo predio, non può dire di averne acquistato la proprietà libera dalla servitù del passaggio a favore del secondo predio, prima che l' erede ed io avessimo acquistato, l' uno la proprietà, l' altro l' usufrutto di questo secondo predio.

Dunque non può dire, che avendo acquistato *prima*, libera da quella servitù, la proprietà del suo predio, il disponente per atto di ultima volontà non abbia potuto volere che fosse aggravata *dopo* dalla servitù stessa a vantaggio dell' erede proprietario e di me usufruttuario dell' altro predio.

Esempio del secondo caso.

Uno possiede due predii, al secondo dei quali non può accedere senza passare pel primo.

Con atto di ultima volontà lascia quei due predii al suo erede, obbligandolo a darmi l' usufrutto del secondo.

Poco dopo, stretto da bisogni, propone ad un terzo di vendergli il primo predio.

Il terzo cui interessa di ottenere la proprietà di ambedue quei predii aderisce intanto a comprarne il primo.

Il venditore vuol nel contratto riservarsi su esso il diritto di passaggio necessario onde accedere al secondo predio.

Ma il compratore che vagheggia anche questo predio rifiuta, onde facilmente ottenerlo quando che sia, di obbligarsi a dargli quel diritto di passaggio.

Però temendo che per tale rifiuto non abbia luogo l' attuale contratto che gli sta a cuore, promette di lasciare al venditore fino a che viva, per semplice tolleranza, il passaggio pel primo predio onde acceda al secondo.

Stretto come ho detto dal bisogno, il venditore si adatta.

Il contratto di vendita ha in tal modo luogo e la proprietà del primo predio passa nel compratore, esente da obbligo di servitù di passaggio.

Questi acquistato così il primo predio non aggravato della servitù del passaggio necessaria al secondo, ha sempre la speranza di acquistare anche quest' ultimo predio quando alla morte del venditore possa far cessare la suddetta tolleranza e rendere così pel successore del venditore stesso inutile, perchè senza diritto di passaggio, quel secondo predio.

Muore dopo il venditore. Per l' atto di ultima volontà che ha fatto, la proprietà del secondo predio perviene nel suo erede e l' usufrutto ne perviene a me.

L' erede chiede al compratore del primo predio il passaggio necessario al secondo anche per darlo a me usufruttuario.

Il compratore lo nega.

Dice che il suo predio non è aggravato dalla servitù del passaggio.

Dice che se il defunto vi passava, lo faceva per atto di semplice tolleranza non per

Digitized by Google

L' usufrutto del secondo predio, tal quale spettava al defunto e spetta all'erede, cioè senza la servitù del passaggio che a quel predio non spetta.

Dunque questa servitù pretenderla non posso dall' erede.

E se non posso pretenderla, l' erede se non me la dà non mi dee nemmeno garanzia, non havvi luogo a mio vantaggio ad evizione contro esso.

Ma egli ed io senza il diritto al passaggio abbiamo acquistato una proprietà, un usufrutto inutili?

Sia pure. Abbiamo acquistato ciò che ci ha lasciato il defunto, ciò che gli spettava nè più nè meno; la proprietà e l'usufrutto di un predio privo del diritto del necessario passaggio.

Se non vogliamo rinunciare ai lasciatici diritti, fa d' uopo adattarci.

Ciò pel Codice austriaco.

E pel Codice Napoleone?

Esso ha troncato le difficoltà, che mentre da un lato, pei principii che ho esposto, nella vendita o nel legato dell' usufrutto o della proprietà di un predio dee essere compreso anche il diritto al necessario passaggio, dall' altro lato poi in casi speciali, malgrado ai principii, quel passaggio non può essere e non è ottenuto dal compratore o dal legatario.

Il frammento 12 in principio libro XI, titolo 7 del Digesto dava verso pagamento del giusto prezzo a chi non avea via per andare ai sepolcri il diritto legale di passaggio sul fondo altrui.

Questo diritto l'art. 682 del Codice Napoleone lo ha esteso ai terreni ai quali accedere non si possa onde coltivarli se non passando pei fondi dei vicini.

Quell' art. ha per certo troncate le suddette difficoltà pei terreni.

Infatti per esso, in qualunque modo uno sia proprietario di un terreno da ogni parte circondato e non avente uscita sulla pubblica via, può per coltivarlo chiedere e dee ottenere verso compenso un passaggio sui fondi de' suoi vicini.

Lo ottiene in forza a legale servitù.

Lo ottiene anche per un terreno del quale a me spetti l' usufrutto.

Ed ottenendolo egli proprietario, lo ottengo anch' io usufruttario nello stato e vece di lui.

Tutto ciò se è applicabile ai terreni, parmi che per analogia debba esserlo anche agli edifizii dei quali egli proprietario ed io usufruttuario non potessimo disporre, usare, godere per mancanza del necessario passaggio.

Ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio.

Che se il diritto di passaggio spetta per averlo acquistato secondo gli art. 686, 688, 694 di quel Codice per fatto dell' uomo mediante titoli, allora cessa il bisogno dell'acquisto di esso in via di legale servitù.

Allora non può nemmeno parlarsi di compenso.

Veggansi sul proposito della servitù legale del passaggio anche gli art. 616-624 del Codice pegli Stati di Sardegna.

2.° I principii da me esposti al n. 1 nel caso della vendita o del legato dell' usufrutto, deggiono regolare e regolano anche il caso della vendita o del legato della proprietà di un predio cui non sia possibile accedere se non passando sul predio altrui, anche quando quei titoli nulla dicano sul punto del passaggio.

Così la pensa anche il Domat nelle sue leggi civili, sezione 4, § 9, titolo dei legati.

Nella vendita o nel legato che mi diedero la proprietà di un predio è compreso pei Codici Napoleone ed austriaco anche il diritto di passaggio necessario onde accedervi.

Infatti per l' art. 544 del primo Codice, acquistando così quella proprietà ho acquistato il diritto di disporre e godere di quel predio nel modo il più assoluto, purchè non ne faccia uso vietato dalle leggi e dai regolamenti.

E pel § 354 del secondo Codice, ho acquistato la facoltà di disporre essa, come spiega il § 362, di usare a piacimento del predio stesso.

Ora non posso disporne, goderne, usarne nel modo il più assoluto a piacimento, se non ho il

Ma può ammetterne la loro applicazione ai casi speciali.

Queste difficoltà deggiono essere sciolte secondo ciò che ho detto al n. 1 per l' usufrutto e ciò che dirò in appresso.

In quanto al Codice austriaco.

Non vi sarà difficoltà, quando il predio sul quale deggio passare onde accedere a quello la cui proprietà mi è stata venduta o lasciata in legato, spetti o al mio venditore, o alla eredità di colui che mi ha lasciato il legato, od anche alla facoltà particolare dell'erede.

Il venditore, il rappresentante la eredità, l'erede ponno in tal caso darmi il passaggio.

Deggiono darmelo.

E se volontarii nol danno, farò che il giudice gli astringa a darmelo e, secondo il caso, anche ad indennizzarmi.

Ma se il passaggio non è possibile se non sul predio di un terzo, allora anche qui distinguerei tra la vendita ed il legato.

Parlo prima della vendita.

La proprietà del predio sul quale mi è necessario il passaggio onde accedere al predio da me comprato può essere pervenuta nel terzo:

I. da parte del mio venditore;

II. da tutt' altra parte.

I. Da parte del mio venditore può essergli pervenuta:

1.° o *contemporaneamente* alla trasfusione in me della proprietà dell' altro predio al quale il passaggio sul primo predio è indispensabile;

2.° o *prima*;

3.° o *dopo* di quella trasfusione.

In questi tre casi poi di trasferimento della proprietà dell' un predio al terzo, il mio venditore può essersi

a) o riservato;

b) o non riservato il passaggio su esso, indispensabile come ho detto all' altro predio che mi ha venduto.

1.° *a*. Quando se lo è riservato, e quando le trasfusioni della proprietà del predio al terzo e dell' altro predio a me sieno state *contemporanee*, il diritto di passaggio sul predio del terzo a me spetta, anche perchè compreso nell' acquisto del mio predio.

Il mio venditore può darmelo perchè trasferendo il predio al terzo, lo ha nel tempo stesso riservato al mio.

Due darmelo, ottenendolo come lo otterrà dal terzo.

E se volontario non me lo dà, farò che il giudice lo astringa ad ottenerlo dal terzo e a darlo a me, non che, ove abbiavi il caso, ad indennizzarmi.

2.° *a*. Quando se lo è riservato e quando la proprietà dell' un predio sia stata trasferita nel terzo *prima* che quella dell' altro predio sia stata venduta a me; o il mio venditore fino al momento della fattami vendita ha usato o non ha usato sul predio del terzo del diritto di passaggio onde accedere all' altro predio *dopo* venduto a me.

Se ne ha usato, nella riserva fattasi del diritto di passaggio ebbe titolo ossia fondamento legale di acquisizione di quella servitù.

Col fattone uso ebbe anche il modo di acquisizione di essa ossia la tradizione, come ho detto nell' annotazione *a* al Capo XIX.

Ebbe dunque per titolo e modo perfetta quella servitù sul predio del terzo a vantaggio dell' altro predio dopo venduto a me.

Digitized by Google

Se non può farmela avere non la ottengo, ed allora, siccome senza passaggio mi fu venduto una proprietà inutile, ho pei §§ 922, 932 del Cod. aust. il diritto di far rescindere totalmente la vendita e di chiedere contro esso, secondo il caso, indennizzazione o soddisfacimento.

3.° *a*. Quando finalmente si è riservato quel diritto di passaggio e quando abbia trasfuso nel terzo la proprietà dell' un predio *dopo* di aver venduto a me la proprietà dell' altro, nel mio contratto di acquisto sta il mio titolo di acquisizione di quella servitù.

Se *prima* che la proprietà dell' un predio venisse trasfusa nel terzo ho avuto col mio titolo anche il modo di acquisizione ossia la tradizione della mia servitù, allora ho titolo e modo; ho perfetto il diritto reale di passaggio sul predio del terzo ed ho diritto di esercitarlo su esso.

Se invece col titolo non ho avuto anche il modo di acquisizione, non ho diritto di passaggio reale perfetto sul predio del terzo.

Ho soltanto diritto personale contro il mio venditore onde mi faccia ottenere dal terzo anche il modo ossia perfetta la servitù.

Egli dee farmelo ottenere e se nol fa volontario, posso astringerlo col mezzo del giudice a farlo e, secondo il caso, anche ad indennizzarmi.

Anche qui, come ho detto nel precedente numero, può o non può farmelo ottenere secondo che il diritto di passaggio gli spetta o non gli spetta.

Anche qui e nell' uno e nell' altro caso ha luogo quello che ho detto nei casi consimili al precedente numero.

Se poi nei suddetti tre casi di trasferimento della proprietà del predio al terzo, il passaggio, su esso indispensabile all' altro predio venduto a me non fu riservato, allora distinguo il primo e secondo caso dal terzo.

1.° *b*. Nel primo caso di trasfusione *contemporanea* dei due predi l'uno al terzo e l'altro a me, è bensì vero, secondo i principii che ho esposto, che nel mio contratto di compera è compreso il diritto del passaggio sul predio del terzo, che al mio predio è indispensabile.

Ed è quindi vero che il mio venditore ha assunto l' obbligo di darmelo.

Ma è anche vero che non avendo egli, trasferendo la proprietà dell' un predio al terzo, fatto riserva a favore dell' altro predio *al tempo stesso* venduto a me del diritto di passaggio, il terzo ha acquistato il suo predio libero e non soggetto a quella servitù.

Quindi non è tenuto a concederla al mio predio.

Ed il mio venditore, che si è obbligato a darmela, non può farmela ottenere.

Quindi mi ha venduto un predio la cui proprietà senza passaggio mi è inutile.

Quindi, in base ai suddetti §§ 922, 932, ho diritto di chiedere contro esso la intiera rescissione del mio contratto ed anche, secondo i casi, indennizzazione o soddisfacimento.

2.° *b*. Lo stesso dovrebbe dirsi anche nel secondo caso in cui il mio venditore abbia trasfuso la proprietà dell' un predio *prima* nel terzo, senza riservare all' altro predio *dopo* venduto a me il diritto dell' indispensabile passaggio.

3.° *b*. Nel terzo caso, poi nel quale la proprietà dell' un predio sia stata dal mio venditore trasfusa nel terzo *dopo* che ha venduto l' altro predio a me senza però riservare a quest' ultimo predio il diritto all' indispensabile passaggio, allora o al titolo del mio diritto di passaggio compreso nell' anteriore mio contratto di compera fu *prima* della trasfusione della proprietà dell' un predio al terzo, aggiunta anche la tradizione, o no.

Se sì, ho acquistato per titolo e modo il diritto reale della servitù del passaggio sul predio *dopo* venduto al terzo, e posso contro esso esercitarlo, anche se non mi fu riservato.

Se no, il terzo ha acquistato il suo predio libero dalla servitù, ed il mio venditore non può obbligarlo a darla al mio predio, al quale avendo mancato il modo non ispetta.

Anche qui mi manca il diritto all' indispensabile passaggio; mi fu venduta una proprietà inutile e posso far rescindere totalmente la vendita e chiedere contro il mio venditore, secondo il caso, indennizzazione o soddisfacimento.

II. Finalmente se il predio sul quale il passaggio mi è indispensabile è pervenuto in proprietà del terzo da altra parte e non dal mio venditore, ed allora:

od al predio che costui mi ha venduto spetta il diritto reale di passaggio, o no.

Se sì, colla vendita a me fatta lo ha trasferito ed io posso esercitarlo sul predio del terzo.

Se no, colla vendita non ha potuto trasferirmi ciò che non gli spettava.

Se anche vendendomi il predio si è obbligato a darmi quel diritto reale, in fatto non può darmelo.

Digitized by Google

Mi ha venduto dunque, come più volte ho detto di sopra, una proprietà per mancanza di passaggio inutile.

Anche qui ho diritto di far del tutto rescindere la vendita e di volere, secondo i casi, indennizzazione o soddisfacimento.

Vengo ora al legato.

Per maggiore chiarezza adduco qui qualche esempio.

Primo esempio.

Con atto di ultima volontà furono lasciati in proprietà a terzo legatario un predio, ed a me pur legatario altro predio cui non si può accedere senza passare pel primo.

Nulla è detto sulla servitù del passaggio a favor del mio predio.

Colla morte del disponente ognuno di noi ha diritto al suo predio.

Il nostro diritto è contemporaneo.

Per quello che ho detto di sopra nel caso consimile dell' usufrutto, parmi che al predio legato a me sia stata lasciata la servitù attiva ed a quello legato al terzo la servitù passiva del passaggio.

Così essendo la cosa io non potrò domandare la mia servitù direttamente al terzo legatario del predio sul quale dee aver luogo, perchè non sono con lui in relazioni di diritto.

Ma potrò domandarla al rappresentante la eredità che dee consegnarmi il legato del mio predio colla servitù attiva che vi è annessa.

E questi dee chiederla all' altro legatario, nè vedrei perchè non dovesse ottenermela.

Se poi non vuole volontariamente ottenermela lo farò astringere dal giudice ad ottenermela, ed a prestarmi anche indennizzazione ove ne sia il caso.

Secondo esempio.

Un disponente per atto di ultima volontà avea lasciato in proprietà un predio a terzo legatario ed altro predio a me pur legatario.

Al mio predio non si può accedere senza passare pel primo.

Ma il disponente stretto da bisogni ha poco dopo venduto il primo predio senza riservare all' altro lasciato a me e che mi perverrà dopo la sua morte il diritto di passaggio su quel primo predio.

Qui, per ciò che ho detto di sopra nel caso pur consimile dell' usufrutto, il compratore avrebbe acquistato il primo predio libero dalla servitù ed a me sarebbe stato legato l'altro predio senza essa.

Morto il disponente avrò diritto al mio legato quale me lo ha lasciato, cioè senza servitù attiva di passaggio.

Chi rappresenta la eredità non sarà tenuto a procacciarmela.

Non mi dovrà nemmeno garanzia, nè vi avrà luogo a mio vantaggio ad evizione.

Terzo esempio.

Mi fu lasciata in legato la proprietà di un predio cui non si può accedere se non passando pel predio di un terzo, nè erede nè legatario, e nemmeno aggravato della servitù del passaggio a favore del primo predio.

L' atto di ultima volontà nulla dice su quel passaggio.

Anche qui acquisto il primo predio senza quella servitù.

Non posso pretenderla dal terzo, nè la eredità mi dee garanzia, perchè eseguì perfettamente la sua obbligazione consegnandomi il predio quale mi fu lasciato, cioè senza servitù.

Conchiudo dover essere ben raro il caso, che taluno sia proprietario e mi venda o mi lasci in legato un predio privo affatto di passaggio.

Ma il caso non è del tutto impossibile e ponno sorgere difficoltà, se non pei principii, pure nell' applicarli al fatto.

L' art. 682 del Codice Napoleone ha, come ho detto parlando dell' usufrutto, troncato anche nei casi di vendita o di legato della proprietà di quel predio le difficoltà.

Digitized by Google

Ne vende l' una e ritiene la proprietà dell' altra.

Dovranno, pei Codici Napoleone ed austriaco, le due case sopportare l' una il peso delle travi dell' altra?

Mi sembra di sì.

Pel Codice Napoleone vi sarebbe la destinazione del padre di famiglia che pegli articoli 692-694, trattandosi di servitù continua ed apparente, terrebbe luogo di titolo perchè l' una casa sopportare dovesse il peso delle travi dell' altra.

E pel Codice austriaco.

Chi ha acquistato l' una e chi si è riservato l' altra delle due case ha acquistato e si è riservato anche la parte di travi che pel § 294 è pertinenza di ognuna di esse.

Dee naturalmente e fino a prova contraria ritenersi che l' uno abbia acquistato e che l' altro abbia ritenuto la proprietà della rispettiva casa per lasciarle sussistere e non perchè sieno demolite.

Ma perchè sussistano è necessario che la parte di travi dell' una continui ad appoggiarsi sull' altra.

Ossia l' una casa sopportar dee il peso delle travi dell' altra.

E se ciò è dee ritenersi che nel contratto di vendita dell' una casa sia stata implicitamente tacitamente convenuta la vicendevole servitù *oneris ferendi* tra le due case.

Questa servitù avrebbe a fondamento legale secondo il § 480 il contratto che sarebbe come può essere tacito secondo l' altro § 863.

Adduco un altro esempio.

Un proprietario ha due case.

Esiste sul tetto di ambedue quelle case una così detta altana che serve pure ad ambedue che vi hanno accesso separato.

Vende una di quelle case.

Che ne sarà dell' altana?

Se il contratto di vendita non l' assegna esclusivamente ad una di esse, parmi che sarà comune alle due case cui serve.

Se fu assegnata ad una casa con esclusione dell' altra, sarà proprietà esclusiva di quella casa.

Ma non essendo convenuto di distruggerla, s' intenderà tacitamente pattuito fra le parti che sussista, tanto nell' un caso quanto nell' altro.

E se dee sussistere ne verrà, che nel primo caso di comunione di quell' altana fra le due case, queste avranno la reciproca servitù di sopportarne il peso.

Nel secondo caso poi di assegnamento dell' altana ad una delle due case con esclusione dell' altra, la casa alla quale non ispetta avrà la servitù di sopportarne il peso a vantaggio della casa alla quale spetta.

In ambi i casi dovrà ritenersi essere quelle servitù tacitamente convenute nel contratto di vendita, tale dovendo essere stata la indubbia intenzione dei contraenti che non vollero distrutta quell' altana.

(*f*) Un erede è obbligato a dare ad un predio lasciatomi in legato la servitù del passaggio.

Quale azione mi spetta per ottenerla?

Pel Codice austriaco, l' azione personale contro l' erede perchè me la consegni.

Quando me l' abbia consegnata, ho il diritto reale di servitù che posso far valere contro qualunque possessore del predio serviente.

Per l' art. 1017 del Codice Napoleone gli eredi del testatore od altri debitori di un legato sono tenuti a soddisfarlo personalmente, ciascuno *pro rata* della porzione di cui partecipa nella eredità.

E per l' art. 1018 deggiono rilasciarlo coi necessarii accessorii.

Digitized by Google

CAPUT XXXIX.

DE SOLO SEU AREA.

I. *In solo seu aurea domum quis aedificare potest, aut aliud aedificium altius construere, etiam usque ad coelum.* — II. *Consuetudo vel statutum aedificandi usque ad certam mensuram, aedificationem simpliciter prohibere potest, et in multis etiam casibus.* — III. *Aedificatio excellens nunquid ad vicini mei aemulationem fieri praesumatur.* — IV. *Pactum circa aedificationem contrarium an valeat.* — V. *Areae usumfructum habens nunquid aedificare possit.* — VI. *In area communi an quispiam aedificare possit.* — VII. *Castella seu fortilicia nunquid in suo solo aedificare licitum sit, et maxime in confinibus territorii.* — VIII. *Possessionem soli mei et aedificii in eo per alium facti an habeam.* — IX. *Guerrae tempore si princeps locum meum fortificaverit, ut habiliter guerram faceret, finita guerra, si locum meum petam, princeps autem velit ut expensas reficiam, quid juris.*

Ex ordine nobis occurrit, ut primum de solo sive area quaedam dicam.

I *In solo sive area regulariter potest quis aedificare domum, vel aedificium construere, et altius, ut ita diximus, usque ad coelum: quia quicquid est supra solum, usque ad coelum liberum esse debet, et ejus cujus est solum: ut probatur* (1) *et not.* in l. qui luminibus de serv. urb. praed.,

CAPO XXXIX.

DEL SUOLO O DELL' AREA.

I. Ciascuno può nel suolo od area fabbricare la casa, od erger più alto un altro edificio, anche fino al cielo. — II. La consuetudine o lo statuto che proibisce di fabbricare oltre una data misura, può vietare semplicemente l' edificazione, ed eziandio in molti casi. — III. Se la fabbrica troppo alta si presuma esser fatta ad emulazione del vicino. — IV. Se valga il patto contrario intorno il fabbricare. — V. Se chi ha l' usufrutto dell' area possa fabbricare. — VI. Se taluno possa fabbricare nell' area comune. — VII. Se sia lecito fabbricare castella o fortezze nel proprio suolo e massimamente nei confini del territorio. — VIII. Se io abbia il possesso del mio suolo e dell'edificio fabbricato da un altro su quello. — IX. Che di diritto, se in tempo di guerra il principe abbia fortificato il mio fondo allo scopo di guerreggiare con frutto, e, finita la guerra, io ripeta lo stesso, ed egli voglia che lo rifaccia delle spese.

In forza dell'ordine ci corre debito di dire primamente alcune cose circa il suolo od area.

I. Di regola ciascuno può nel suolo od area fabbricare la casa o costruire un edificio, ed ergerlo sì alto che tocchi il cielo, come dicemmo; perchè tutto che sta sovra il suolo, dev'esser libero sino al cielo ed appartiene al padrone del suolo, com' è provato da parecchi testi, e specialmente da

Digitized by Google

palatium tuum non aedificate, tamen potero aedificare, nec me prohibere poterit (1), *et idem not. gloss. Bald.* (2), *et gloss. Jo. Teutonici* (3), *et Spec.* (4) *et per Rofred.* (5). *Item praedicta intellige, quod quis possit aedificare in suo vel area, etiamsi officiat luminibus vicini, nisi ei debeatur servitus altius non tollendi* (6), *etiam si vicinus esset minor vel pupillus: ut probatur nota* in d. l. altius si serv. vend. conjuncta gloss. *quae dicit, quod ibi erat servitus constituta. Item intellige praedicta, etiam si obscurarent in totum lumina seu aedes vicini* (7). *Sed praedicta fallunt in quibusdam casibus, in quibus non est licitum etiam in suo altius aedificare, maxime obscurando lumina vicini:*

II. *Et primo quando esset consuetudo vel statutum aedificandi usque ad certam mensuram: et sic servitus videtur imposita consuetudine* (*) *vel statuto. Nam tunc aedificando altius tollere non potest, casus est cum gl. quae ponit de statuto Flor. in* l. 1. C. de aedificiis priv. *et not. glo. Dd.* in i. qui luminibus de serv. urb. praed. *et dixi supra, de servitut. altius non tollendi,* quaest. 4, *et hujusmodi statutum vel consuetudo ligat etiam forensem, cujus est domus quae non debet altius tolli* (8). *Secundo fallit, quando servitus est imposita per pactum* (9), *de quo dic ut dixi supra de servitute, ne prospectui officiatur cum tribus sequ. vel quando esset praescripta hujusmodi servitus* (10): *de qua praescriptione dixi plene, supra decima et ultima quaest. princip. Tertio fallit, quando unus habet plures domos, et unus legat usumfructum alteri: nam tunc non potest haeres alteram tollere, vel obscurare domum usufructuariam in totum sed saltem modicum lumen, quod habitantibus sufficiat,*

palazzo priva di qualunque edificio, tuttavolta potrò in essa fabbricare, nè tu avrai facoltà di vietarmelo, come nota la glossa, e dicono Baldo, Giovanni Tedesco, lo Speculatore e Roffredo. Così pure intendi la detta regola in guisa che ciascuno possa fabbricare nel suo o nella propria area, sebbene tolga la luce al vicino, fuorchè nel caso in cui a questi sia dovuta la servitù di non erger più alto; anche se il vicino fosse minore o pupillo, come è provato dalla legge *altius ff. si serv. vend.* insieme alla glossa, la quale dice che ivi la servitù era costituita. Del pari intendi le suesposte cose nello stesso senso, anche se la luce interamente fosse tolta alle case del vicino. Però v' hanno eccezioni alla regola da noi posta in alcuni casi, nei quali non è lecito fabbricare più alto nel fondo proprio, massimamente qualora si nuoca alla luce del vicino (*a*).

II. E primamente, allorchè vi fosse consuetudine o statuto, che proibisse il fabbricare oltre una determinata misura, in guisa che la servitù sembrasse imposta dalla consuetudine (*) o dallo statuto. Imperocchè allora fabbricando non si potrebbe erger più alto, ed è questo un caso riguardato dalla glossa che parla dello statuto di Firenze nella legge 1 *Cod. de aedific. priv.*, e dai Dottori nella legge *qui lumina ff. De serv. urb. praed.*; ed io già ne feci parola più sopra, circa le servitù di non erger più alto, nella 4. quest., e nella susseguente, ove dimostrai come così fatto statuto o consuetudine obblighi eziandio il forastiere, al quale appartiene la casa che non si deve erger più alta (*b*). In secondo luogo la regola fallisce, quando la servitù viene imposta per patto, intorno al qual caso di' come più sopra nella servitù di non torre il prospetto colle 3 seguenti, oppur quando la stessa servitù fosse prescritta, della quale prescrizione parlai appieno nella 10.a ed ultima questione principale (*c*). In terzo luogo fallisce, quando taluno avesse più case ed una ne legasse in usufrutto ad un terzo; imperocchè allora non potrebbe l'erede innalzar l'altra od oscurare totalmente la casa usufruttuaria, ma dovrebbe lasciarle per lo meno tanto

(1) *Ut not. gloss. in d. l. qui luminibus, in fin. aedibus, C. de serv. et l. cum eo, et l. pen. de serv.*

relinqui debet (1). *Quarto fallit, quando aedes vicini habent lumen ex publico, quoniam tunc vicinus aedificando nocere non posset talibus luminibus, quia non licet vicino aliquid in publico facere, quin liceat alteri prohibere* (2), *et hanc quaestionem videtur sentire gloss.* in l. fluminum, § fin. de damn. infect., *quae incipit, nisi animo nocendi, ibi: respondeo, non videtur officere, si lumen auferat, quod ex privato consuevit habere, facit quod not. Bart.* in l. 1. § sicut autem, de aqua pluv. arcen. *Verum putat Albericus de Ros.* (3), *quando officiens luminibus laborat in publico: tunc enim prohiberi posset, nisi esset consuetudo, quod esset etiam in publico taliter laborare* (4). *Si autem in suo laboraret, tunc etiam si altius aedificaret et officeret luminibus, quae haberent ex publico, prohiberi non posset* (5), *facit quod dicam infra in sexta quaestio. Quinto fallit, quando quis levaret altius, animo nocendi vicino, et sibi non prodest, ut est text. cum gloss.* (6), *quae allegat ad hoc 20 leges, et dicunt Dd. eum pati fluxum legum, sicut dicimus pati fluxum sanguinis qui nimium abundat, et idem not. gloss.* (7), *quae incipit,* nisi animo nocendi (8), *vel quando tolleret altius ad aemulationem vel despectum vicini: vel quia volebat videre omnia secreta domus suae: nam tunc non posset secundum Petrum, Cyn. et Bald. et Dd.* (9), *licet contrarium teneat Alb. de Ros.* (10): *qui dicit, quod non obest* dicta l. opus, *quia loquitur in aedificatione in publico: nos loquimur in aedificatione in suo. Idem quod Alber. de Rosa. tenet Angel.* (11) *et Flor.* (12). *Sed Paul. de Castr. tenet pri-*

lume che bastasse a' suoi abitanti (*d*). In quarto luogo non vale quando le case del vicino traggano luce dal luogo pubblico, perchè in tal caso il vicino non potrebbe col fabbricare impedir loro tal luce; essendochè non possa un vicino far checchessia nel luogo pubblico senza che all'altro non sia lecito vietarglielo; ed a questa questione sembra alludere la glossa sulla legge *fluminum* § *fin. de damno infect.*, la quale comincia *se non coll'animo di nuocere.* Rispondo: non sembra esser tolta la luce qualora s' impedisca il lume che uno per consueto ritrasse da luogo privato, ed a ciò conviene quanto nota Bartolo sulla legge 1 § *sicut ff. de aq. pluv. arc.* Alberico da Rosate reputa vera quest' opinione, quando chi toglie il lume fabbrica nel pubblico; imperocchè allora gliene può esser fatta inibizione, a meno che non fosse consuetudine che si potesse anche nel pubblico operar di tal guisa. Se poi lavorasse nel suo, allora, benchè fabbricasse più alto e nuocesse all'altrui lume derivante da luogo pubblico, tuttavolta non si potrebbe proibirglielo; ed a ciò conviene quanto dirò poscia nella sesta quistione (*e*). In quinto luogo la regola fallisce, allorquando taluno ergesse più alto con l'animo di nuocere al vicino e non giovasse a sè stesso, come reca la glossa, la quale allega in sostegno 20 leggi; e dicono i Dottori in tal caso che il nuocente patisce il flusso delle leggi in quella guisa che diciamo patire il flusso del sangue chi troppo abbonda di questo; e lo stesso nota la glossa che comincia: *Se non coll'animo di nuocere.* Fallisce pure, allorquando taluno ergesse più alto o per emulazione, o per dispettare al vicino, o per desiderio di veder tutte le cose secrete di casa sua; imperocchè allora nol potrebbe, giusta l'opinione di Pietro, di Cino, di Baldo e dei Dottori, benchè Alberico da Rosate ritenga il contrario; il quale dice che la legge *opus ff. De oper. pub.* non fa alcun ostacolo a ciò, dacchè essa parla della costruzione nel luogo pubblico, mentre qui si tratta della edificazione nel luogo proprio. Angelo e Floriano seguono la stessa opinio-

(1) Tant. in l. si is qui bingo, de usufruct. et

(5) Et d. l. altius cum concordantiis supra al-

Digitized by Google

mam opinionem (1): *quando aedificans nullam reciperet utilitatem: sed facit ut vicino tantum noceat*, in d. l. 1. § 1. de aqua pluv. arcen. *quae loquitur, quando aedificatur in privato. Et non obstat responsio Ang.* ad dictum § denique, quam dat. in d. l. cum eo, *qui dicit, quod loquitur, quando utilitas ex tuo perveniebat de directo in meum, ut illam mihi auferre non posses faciendo in tuo; nisi facias ut tibi proficias: sed hoc lumen non proveniebat mihi ex tuo, sed ex coelo, quia ista responsio facit de directo in contrarium, secundum Paul. de Castr.* (2), *quia si non habebam istam utilitatem a te, vel de tuo, minus mihi debes posse auferre* (3). *Praeterea hominem homini insidiari nefas est* (4), *nec mos est ei gerendus, qui facit solum ut officiat* (5). *Idem tenet ipse de Castr. primam partem tamquam humaniorem: et dicit quod ita de facto respondit in civitate Paduae, et idem ego teneo quod non: quia saepe accidit de facto in vicinis inimicis, et adde quod dixi infra de fenestra seu balcono.*

III. *Sed est dubium, an praesumatur facere ad aemulationem vicini: et dicas quod in dubio non praesumitur* (6), *et ita vult gloss. multum not.* (7) *quae incipit, nisi animo nocendi* (8), *quam Dd. sequuntur. Sed si facit ut noceat dumtaxat, vicino: tunc praesumitur facere ad aemulationem* (9), *et praesumitur facere ut noceat, quando nullam sentit utilitatem, secundum Paul. de Castr.* (10), *idem forte posset dici, si esset modica utilitas, et magnum damnum vicini, et essent inimici* (11), *quia facile mentiuntur, de quaestionibus, quod bene nota. Et adde, quando quis aedificat animo nocendi, vel ad aemulationem, datur contra eum actio de dolo* (12). *Sexto fallit, quia illud quod dicitur quem posse aedificare, debet intelligi quando posset aedificare, de jure communi:*

(1) *In d. l. cum eo.*
(2) *In dict. l. cum eo.*
(3) *Argum. l. si arrogator. vers. sed an impuberi ibi, quia hoc non judicio ejus, de adopt.*
(4) *L. veluti, de justit. et jure.*
(5) *Lege in fundo, de rei vend.*
(6) *L. merito ff. pro socio.*
(7) *In d. l. fluminum, § fin.*
(8) *In princip.*

ne di Alberico, ma Paolo di Castro abbraccia la prima nel caso che il fabbricante non ritraesse alcun vantaggio, ma operasse soltanto col fine di nuocere al vicino, fondandosi sulla legge 1, § 1, *ff. De aqua pluv. arc.*, la quale riguarda il caso in cui alcuno fabbrichi nel privato. Ned osta a ciò la risposta di Angelo, il quale dice che il § *denique* della legge *cum eo ff. De serv. urb. praed.* si riferisce al caso in cui l'utilità dal tuo fondo veniva direttamente al mio, così che tu non potessi tormela col fabbricare nel tuo, se non allorquando giovassi a te stesso. Ma veramente questa utilità del lume non mi proveniva dal tuo fondo, sibbene dal cielo; e però tale risposta va dal diretto al contrario, come dice Paolo di Castro, imperocchè se io non ritraeva da te, nè dal tuo fondo così fatto vantaggio, tanto meno hai diritto di tormelo. Oltrecciò non è lecito all'uomo insidiare l'uomo, ned è cosa da concedersi a colui che opera soltanto per nuocere. Lo stesso Paolo di Castro segue la prima opinione come più umana, e dice di avere in tal senso risposto di fatto nella città di Padova; e lo stesso ritengo ancor io, perchè spesso in fatti avviene tal caso fra vicini nemici. Aggiungi quanto dirò poscia circa la finestra o balcone.

III. Ma si dubita se ciò si presuma fatto ad emulazione del vicino. Rispondi che nel dubbio ciò non presumesi, e così vuole la glossa, la quale è seguita dai Dottori. Ma se si opera soltanto coll'animo di nuocere al vicino, allora si presume esser fatto ad emulazione; e si presume pure esser fatto per nuocere, allorchè l'operante non ritrae alcun vantaggio, giusta Paolo di Castro. Lo stesso forse dir si potrebbe allorquando il vantaggio fosse scarso e grande il danno del vicino, e l'operante ed il danneggiato fossero inimici, perchè facilmente essi mentono intorno a' fatti, locchè dei notare. Ed aggiungi che quando alcuno fabbrica coll'animo di nuocere o per emulazione, è data contro a lui l'azione di dolo (*f*). In sesto luogo la regola fallisce, quando si dice che taluno possa fabbricare, perchè deve intendersi: quando

(9) *D. § denique.*
(10) *In d. l. altius*, pro hoc allego text. *in l. qui data in princ.* ibi, sine lucro hoc affectavit, *ex quibus causis major.*
(11) *Argum. l. spadonem, § fin. ibi: patrimonio, de excusatio. tutor. conjuncta l. 1. § quaesitum vers. praeterea, ibi.*
(12) *Ut not. Innoc. in d. l. fluminum, § fin. et habetur in d. l. 1. § denique, et in l. 1. § 1. de dolo.*

Digitized by Google

puta in domo vel area sua (1); *secus si ex privilegio speciali vel generali alicui concederetur a principe vel a superiore, ut possit in loco publico aedificare: quia intelligitur sine damno alterius: et ideo non poterit aedificare, si obscurat lumina vicini* text. est not. in l. 2. § merito, et § si quis a principe ff. ne quid in loco publico, et ibi gloss. 1. in princip. *dum dicit, scilicet generali concessione vel simplici, et idem vult gloss.* 1 (2). *Et hoc etiam tenet Bald.* (3); *quod nota, quia saepe in civitatibus conceditur, quod qui possit aedificare in loco publico. Septimo fallit, quando quis aedificaret super re communi ipsius laborantis, et ejus cujus luminibus officit: quia tunc non possit, de quo dic* ut habetur per Alb. de Ros. (4) *et dixi supra* in 7 quaest. (5), *et non omittas, quia est nota. Octavo fallit* in l. fin. § 1. C. de servitut. *nam si area, in qua fructus triturantur, et paleae a fructibus discernuntur, non posset habere ventum, nisi ab una parte, ipso jure praedio vicini servitus imposita esse censetur, ne possit altius tollere et ventum impedire ut est casus ibi mirabilis secundum Dd. et not. gloss.* 1 (6). *Sed istud non est mirandum: quia istud fit favore agriculturae, quo multa etiam alia contra juris regulam introducta sunt* (7).

IV. *Sed an valeat pactum contrarium? videtur, quod sic* (8), *licet videatur contra publicam utilitatem, secundum Paul. de Cast.* (9). *Nono fallit in praediis rusticis propter utilitatem fructuum* (10): *et ideo si haberem praedium meum, in quo frumentum seminari consueverit, et ab una tantum parte haberet solem, non posses ibi aedificare, et mihi solem pro fructibus necessarium auferre: et istud est favore agriculturae, ut proxime dixi, quod est notab. Decimo et ultimo fallit eadem ra-*

possa fabbricare pel Diritto Comune, verbigrazia, nella sua casa od area; non già quando per privilegio speciale o generale gli sia dal principe o superiore permesso di fabbricare nel luogo pubblico, perchè in tal caso si sottintende: *senza altrui danno*; e però non potrà edificare se nuocesse alla luce del vicino. Ciò in forza del testo notabile della legge 2, § *merito* e § *si quis ff. Ne quid in loc. pub.* e della glossa su quella, la quale dice: *cioè mediante semplice o general concessione.* E ciò pure è ritenuto da Baldo, locchè tu dèi notare, perchè spesso nelle città si concede a taluno di poter fabbricare nel luogo pubblico (*g*). In settimo luogo, v' ha eccezione, allorquando alcuno fabbricasse sopra un fondo comune a chi edifica ed a colui cui vien tolta la luce, avvegnachè allora nol potrebbe; intorno al qual caso di' come Alberico da Rosate e come diss' io nella 7.a quistione, e non ommetterlo, perchè è degno di nota (*h*). In ottavo luogo fallisce la regola nella legge finale § 1, *Cod. de serv.*, imperocchè se l'aja nella quale si trebbia il frumento e si separa dalla paglia, non potesse aver aria se non da una parte, si reputa essere imposta di diritto al vicino la servitù di non erger più alto e di non togliere l'aria; il qual caso, secondo i Dottori e la glossa, è mirabile; ma io non lo stimo tale, perchè ciò avviene in grazia dell'agricoltura, a favor della quale molte altre cose furono introdotte contro la regola del Diritto.

IV. Ma il patto contrario varrebbe forse? Sembra che sì, benchè appaja opposto al pubblico vantaggio, secondo Paolo di Castro. — Nono: fallisce la regola nei fondi rustici rispetto all'utilità dei frutti; e però se io avessi un predio in cui si solesse seminare il frumento, e da una sola parte fosse soleggiato, non potresti fabbricare in quella parte e tormi il sole ch' è necessario pei frutti; e ciò pure avviene in grazia dell'agricoltura, come ho detto, ed è caso notabile. In decimo ed ultimo luogo: per la stessa

Digitized by Google

dificare non potest: ita quod luminibus earum officiatur, licet servitus constituta non sit. Et ita reperio tenuisse Ant. de But. (1) *quae omnia bene notanda sunt: et alibi non bene declarata reperies, et adde quae dicam statim in sequen. rubr.*

V. *Numquid autem habens usumfructum areae, possit ibi aedificare? Et videtur quod non* (2). *In contrarium videtur tex.* in l. penul. ff. de usufruct. *et dic quod regulariter non potest, ut in primo allegatis. Sed fallit quando vellet aedificare pro conservatione fructuum, et rerum quae in eadem area sunt, et ita loquitur* in d. l. penul. (3), *et bene. Sed qui si alius aedificavit in area, cujus ususfruct. alienus sit? Dic quod sublato aedificio restitui area usufructuario debet* (4). *Item quid si aedificavit in area aliena, vel per alium possessa?* Vide in l. si in area de cond. ind. et in l. Iulian. alias incipit, si in area aliena ff. de rei vend.

VI. *Item numquid in area communi possit aedificare? Dic quod socius te prohibendi jus habet, quamvis jus aedificandi habeas a vicino concessum, cui servitus debebatur ne domus communis altius tolleretur, quoniam invito socio in re communi non habes jus aedificandi* (5). *Si tamen quis aedificat in area communi socio non prohibente, aedificium commune efficitur.* l. si in area. Cod. de rei vend., *et ibi vide per Cyn. et Dd. ubi etiam ponunt, numquid expensae possint repeti* (6). *Item adde, quod si vicini aream in communi emerint, ne luminibus suis officeretur, et alteri tradita sit, nec praestet alteri, quod convenit pro socio actio dabitur* (7).

VII. *Castella autem et fortilicia numquid sit licitum in suo solo aedificare, et maxime in confinibus territorii?* vide per gl. Bartol. et Dd. (8). *Et praedicta omnia*

chè nessuno possa fabbricare presso alle scale, in guisa da privarle della luce, benchè la servitù non sia costituita; e ciò trovo aver ritenuto Antonio da Butrio. Tutte queste cose sono degne di nota, e in nessun altro libro le troverai così bene spiegate (*i*). Ad esse aggiungi quanto dirò nella rubrica seguente.

V. E chi ha poi l'usufrutto d'un' area, può forse in essa fabbricare? sembra che no. Nondimeno il testo della legge *pen. ff. De usuf.* apparisce volere il contrario. Tu di' che di regola nol può, in forza de'testi soprallegati. Ma questa regola non vale allorquando si volesse fabbricare per la conservazione dei frutti e delle cose che si trovano nella stess' area, come dice la detta legge penultima, ed a buon dritto. — Ma, che si dirà se alcuno avesse fabbricato nell'area il cui usufrutto appartiene ad un altro? Rispondi che, tolto l'edificio, l'area si dovrà restituire all'usufruttuario. Del pari che si dirà se avesse fabbricato nell'area altrui o posseduta da altri? Rispondi colla legge *si in area ff. De cond. ind.* e colla legge *Julianus ff. De rei vind.* (*k*).

VI. Del pari si può forse fabbricare nel fondo comune? Rispondi che il socio ha diritto di proibirtelo, quantunque tu abbia ottenuto il diritto di fabbricare dal vicino al quale spettava la servitù che la casa comune non fosse più altamente elevata, imperocchè nessuno a mal grado del socio ha diritto di fabbricare nel fondo comune. Se però taluno fabbrica nell'area comune senza che il socio glielo proibisca, l'edificio diventa comune in virtù della legge *si in area Cod. de rei vind.*, sulla quale Cino ed i Dottori pongono questione se si possano ripetere le spese fatte. Del pari arroge, che se i vicini comperarono l'area in comune affinchè non fosse tolta loro la luce, ed essa area sia poi data ad un altro, e questi non presti ciò che fu convenuto, ad ognuno de' vicini compete l'azione *pro socio* (*l*).

VII. È poi forse permesso il fabbricare castella e fortificazioni nel proprio fondo, e massimamente ne' fini del territorio? Vedi in questo argomento Bartolo ed i Dottori.

(1) *In d. l. fin.* § *fin.* facit ad hoc quod not. *in l. 1. sol. matr.*

(2) *Per l. usufructuarius novum rivum,* § 1. *de usufruct. et per l. usufructuarius novum, eodem titul. et in l. repeti,* § *rei mutatione, et* § *si autem, quibus modis ususfruct. amit.*

(3) *Et ibi not.*

(4) *Text. est cum gloss.* et ibi per Dd. maxime Flor. *in l. si area, de usufruct.*

(5) *Text. est cum gloss. in l. sed et inter te et me,* § *si in area de servit. urban. praed. et adde quae not. per gloss. et Dd. in l. Sabinus, communi divid.*

(6) *Et adde quae dicam in seq. servit. de pariete sine muro.*

(7) *Textus in l. cum duobus,* § *idem Mela, versicul. idemque pro socio.*

(8) *In l. opera, de operibus pu. et Bart. in l. quaecumque, de fundis limitroph. C. l. 11. et per gloss. Ang. et Dd. in l. lex 12. tab. ff. ad l. Jul. majesta.*

Digitized by Google

procedunt, quando quis aedificat in suo solo de sua materia. Si autem aedificaret in suo de aliena materia, vel in alieno de sua materia: vide quae habentur in l. adeo (1), *ubi habetur, quod. aedificium cedit solo. Quod procedit, etiamsi aedificaretur unum castellum vel fortilicium in solo meo: quia dominium efficeretur meum*: ut not. Spec. (2), et hoc etiam tenuit Paul. de Castr. (3).

VIII. *Sed de possessione, numquid habeam possessionem soli mei et aedificii in eo per alium facti*, vide per gloss. et omnes Dd. (4).

IX. *Item pone, princeps tempore guerrae fortificavit locum meum, ut habiliter facerem guerram, et posuit ibi gentes suas quod potuit me invito* (5). *Postea finita guerra peto locum meum sic fortificatum: princeps petit ut habeam reficere expensas in eo factas: quaeritur quid juris? Dicunt quidam, quod reddere non debeo, et sic lucro meo illud fortilicium, quia princeps non mihi negocium gessit, nisi tamquam de populo, sed sibi et regno suo: et ideo non teneor nisi tamquam unus de populo ad conferendum in sumptum, non autem tamquam privatus ad totam expensam*, argument. l. 2. § item Labeo in ratione literae, ne quid in loco public. *et facit haec l. dum dicit quod debet fieri publicis expensis* (6): secundum Bald. *qui ita dicit notab.* (7), *et adde quod notat Angel.* (8).

(1) § *Cum in suo solo, et* § *ex diverso, et* § *Titius horreum, de acquiren. rer. dom., et Instit. de rerum divid.* § *cum in suo, et* § *seq. et Cod. de rei vend. l.* 2.

(2) *In tit. de religiosis dom. ver. si quid petatur, civitas, et vide Innoc. in c. Pisanis, de restit. spolia.*

(3) *In l.* 2.

(*) *Consuetud.* Consuetudo est jus quoddam moribus institutum quod pro lege suscipitur (1), et de hac hic loquor, non de illa consuetudine large dicta quo quis dicitur consuetus facere aliquid, quae est quoddam jus privatum, non publicum, ut ista de qua hic (2).

E le predette norme han luogo allorquando alcuno fabbrica nel proprio suolo co' proprii materiali. Se poi fabbricasse nel proprio con materiali altrui, o nell'altrui con materiali proprii, vedi le leggi che versano intorno a ciò, dalle quali ricaverai che l'edifizio s'accresce al suolo. Locchè avviene eziandio quando si fabbricasse un castello o fortilizio nel mio fondo, imperocchè il dominio di quello sarebbe mio, come nota lo Speculatore e come Paolo Castrense ritenne (*m*).

VIII. Ma intorno il possesso, potrassi dire ch' io abbia il possesso non solo del mio suolo, ma eziandio dell'edifizio che in esso fu costrutto da altri? Vedi intorno a ciò la glossa e tutt' i Dottori.

IX. Così pure poni quest' esempio. Il principe in tempo di guerra fortificò il mio fondo onde efficacemente difendersi ed in quello mise sue genti, il che potè fare mio malgrado. Poscia, finita la guerra, io chieggo il mio fondo di tal guisa fortificato ed il principe mi risponde ch' io debba rifargli le spese in quello occorse. Si dimanda che sia di diritto? Alcuni dicono ch' io non debba risarcirlo d'alcuna spesa, e però ch'io guadagni quelle fortificazioni, avvegnachè il principe non amministrò l'affare mio, se non nei riguardi della cosa pubblica, si invece giovò a sè ed al suo regno; per la qual cosa io sono tenuto soltanto come ogni altro cittadino a partecipare al dispendio, non già come privato a sopportar tutta la spesa. Quest' opinione è sorretta dalla legge 2, § *item Labeo ff. Ne quid in loco pub.*, la qual dice che tali opere deono esser fatte a pubbliche spese; ed è altresì sentimento di Baldo, che mette tal caso come notabile. Aggiungi eziandio ciò che è notato da Angelo (*n*).

(4) *In d. l.* 2.

(5) *C. de nav. non excusan. lib.* 11. *et l. fin.* § *fin. de pign. act.*

(6) *Ut de negot. gest. l. ex duobus.*

(7) *In l. si in aliquam in princ. de offic. proc.*

(8) *In l. turres, C. de operib. publ.*

(*) *Consuetudine.* Consuetudine è un certo diritto, introdotto dai costumi, che si piglia in luogo di legge; e di questa io parlo qui, non già di quella più larga per cui si dice che alcuno è solito a far qualche cosa, la quale è un certo diritto privato, non pub-

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO XXXIX.

(*a*) Per l'art. 552 del Codice Napoleone chi ha la proprietà del suolo ha eziandio quella di ciò ch'esiste al di sopra, cioè anche del raggio d'aria che sta sopra di esso.

Quindi il proprietario può fare sopra il suo suolo tutte le costruzioni e piantagioni che stima a proposito, salve le eccezioni portate dal titolo di quel Codice che tratta delle servitù prediali.

E per l'art. 297 del Codice austriaco sono pertinenze delle cose immobili le case e gli altri edifizii con tutto il raggio d'aria perpendicolare al suolo.

Che il raggio o spazio d'aria che sovrasta al suolo sia pertinenza di questo, è provato anche dal § 422.

Infatti per esso ogni proprietario può svellere i rami dell'albero altrui pendenti in quello spazio.

Se dunque e per l'uno e per l'altro Codice il proprietario del suolo lo è eziandio dello spazio d'aria che sta sopra di esso, è chiaro che in regola su quel suolo, entro quello spazio d'aria può edificare quanto alto vuole, anche ad altezza esorbitante.

Può farlo anche se prima non lo avesse mai fatto, perchè, ammettendo che non sia stato soggetto alla obbligazione di non farlo, non lo avrebbe fatto per sua volontà, per atto di mera sua facoltà, non già per dovere che gliene fosse stato imposto o che avesse assunto.

Veggasi a questo proposito l'annotazione *a* al Capo XX n. 6, ove ho parlato del Codice Napoleone ed anche al n. 3 ove ho parlato dell'austriaco.

La suddetta regola però come ogni altra può avere eccezioni.

(*b*) Una eccezione a quella regola può nel nostro regno essere portata dalla legge amministrativa secondo ciò che ho detto nell'annotazione *e* al Capo XXVII, alla quale del resto mi riferisco.

Infatti quella legge per pubblici riguardi può vietare che una costruzione sia portata oltre ad una data altezza.

Ma, come ho detto in quell'annotazione, siffatta eccezione non sarebbe portata da nessuna immediata disposizione della legge civile austriaca ed italiana.

Non dal Codice civile austriaco.

Esso, come ho detto nell'annotazione *a* del Capo XIX, non ammette servitù prediali derivanti dalla immediata disposizione della legge ossieno legali.

E come ho detto nell'annotazione *e* del Capo XXVII non ammette servitù urbane negative imposte dalla sola legge.

Dunque non ammette nemmeno la servitù legale di non dover ergere oltre a qualche altezza sul proprio suolo il proprio edifizio, se anche quell'altezza è esorbitante.

Una eccezione alla suddetta regola non sarebbe nemmeno portata dal Codice Napoleone.

Infatti, come ho pur detto nell'annotazione *e* al Capo XXVII, non sarebbe portata dal titolo delle servitù prediali al quale espressamente si riferisce l'art. 552 di quel Codice.

L'art. 663 ordina bensì che il muro divisorio in esso accennato debba essere portato all'altezza determinata dai regolamenti particolari o dagli usi costantemente ricevuti, e che mancando quei regolamenti od usi, debba essere portato all'altezza che per questo caso ha stabilita.

Cioè ordina che quel muro divisorio debba essere talora tenuto più alto, ma non ordina che non venga tenuto più alto, ossia non proibisce che più in alto venga portato, se anco si vuol costruirlo enormemente alto.

L'altro art. 674 prescrive poi le distanze per alcuni edifizii.

Ma parla di distanze in larghezza, non in altezza.

Nessun altro articolo del Codice Napoleone nel titolo delle servitù prediali porta eccezione alla regola dell'art. 552.

Consuetudini poi che proibiscano ad un proprietario d'innalzare sul proprio suolo un edifizio quanto alto voglia, non ne troverei indicate nè nel Codice Napoleone nè nell'austriaco.

Digitized by Google

Invece troverei in generale abolite dalla legge civile austriaca ed italiana le consuetudini negli oggetti da quelle leggi portati.

Veggasi quello che intorno a ciò ho detto nell' annotazione *c* al Capo XXII.

(*c*) Un' altra eccezione alla suddetta regola esisterebbe, quando, secondo gli art. 686, 689, 691 del Codice Napoleone, taluno avesse acquistato per titoli (documenti) ovvero secondo i §§ 476 n. 8 e 480 del Codice austriaco per contratto, per disposizione di ultima volontà, per sentenza di giudice, per prescrizione (usucapione), il diritto di proibire che un altrui edifizio venga portato più in alto.

(*d*) Una terza eccezione alla suindicata regola può esistere, quando taluno avesse più case e lasciasse in legato, come dice l'autore, l' usufrutto di altra di esse ad un terzo.

Se l' erede ergendo più in alto una delle case ereditate venisse a togliere o a menomare al legatario l' usufrutto di quell' altra casa, ossia a togliergli o menomargli il godimento di essa quale lo avrebbe il proprietario come dice l' art. 578 del Codice Napoleone o senza limitazioni, come dice il § 509 del Codice austriaco, allora sembra anche a me che non potrebbe ergere più in alto una delle suddette case.

E parmi che lo stesso dirsi dovrebbe anche quando a taluno fosse stato lasciato in legato l' uso ovvero l' abitazione in una casa, e l' erede coll' ergere più in alto altra casa ereditata gli togliesse o menomasse quella specie di uso o di abitazione che il proprio titolo o la disposizione della legge gli avesse conceduto.

(*e*) Se la mia casa è situata su una strada o piazza di città o di luogo murato, io non potrò alzarla di più senza averne ottenuto il permesso dalla pubblica autorità, come ho detto nell' annotazione *e* al Capo XXVII.

Se quell' autorità per pubblici riguardi mi nega tale permesso, non potrò alzarla.

Così non potrò togliere la luce alla casa del vicino.

Ma se mi accordasse quel permesso per non trovar lesi i pubblici riguardi, e se il vicino, malgrado a ciò, si opponesse alla mia costruzione, pretendendo di aver diritto di proibirmi di ergerla più in alto, io non potrò ancora farlo e non potrò così togliergli la luce.

Converrà che io vada contro esso in giudizio per far cessare quella opposizione.

Che se la mia casa poi non fosse situata su contrada o piazza di città o di luogo murato, io pel § 68 del vigente regolamento giudiziario tenuto fermo anche dal § 340 del Codice austriaco, non potrò alzarla di più senz' averne ottenuto il permesso dalla politica podestà.

Se questa me lo nega per le viste politiche non potrò alzare di più la mia casa.

Così non potrò togliere la luce alla casa del vicino.

Ma se per le viste politiche me lo accorda, anche qui persistendo la opposizione del vicino dovrò prima di ergere più in alto la mia casa venire contro esso in giudizio per vincere quella opposizione.

In ambedue i casi il § 69 del giudiziario regolamento m'indica la via che dovrò battere dinanzi i Tribunali.

Ella è quella della provocazione onde il vicino sotto pena del perpetuo silenzio produrre debba in giudizio le ragioni per le quali si oppone alla mia costruzione.

O non opporrà quelle ragioni e gli verrà imposto il perpetuo silenzio.

O le produrrà e non saranno valutate dal giudice.

O le produrrà e saranno valutate.

Nei due primi casi potrò ergere più in alto la mia casa e togliere la luce alla sua.

Nel terzo non potrò farlo.

(*f*) Dato che il proprietario di una casa non abbia acquistato il diritto di proibirmi di ergere più in alto la mia, potrò ergerla senza che facendolo io mi procacci qualche vantaggio, e solo per recargli danno od incomodo, ovvero per fargli dispetto?

Veggasi ciò che intorno alla *emulazione* ho detto secondo la legge romana nell' annotazione *a* al Capo XXXIII.

Ivi ho pur detto opinare lo Schuster che per la legge civile austriaca io posso innalzare una fabbrica anche quando il vicino provi non avere io interesse nell' innalzamento ed essere la mia intenzione diretta soltanto a vessarlo.

Digitized by Google

Sicchè, secondo quel dotto autore nella presupposta ipotesi, io potrò ergere più in alto la mia casa, senza che dalla erezione me ne derivi alcun vantaggio e solo per danneggiare, incomodare, far dispetto al vicino.

Ciò può sembrar duro, ma deriva logicamente dai principii.

Infatti, od ho, ovvero non ho diritto di ergere più in alto la mia casa.

Per quello che dice lo Schuster e per quello che ho detto anch' io nella suddetta annotazione, ho indubbiamente il diritto di farlo.

Quel mio diritto di farlo è fondato nelle stesse disposizioni del Codice austriaco per le quali commentando ivi la sentenza d' appello portata dall' *Eco dei Tribunali*, Sez. II anno 1854, pagina 222, ho conchiuso, che quando il vicino non abbia in uno dei modi portati dal § 480 acquistato il diritto di proibirmelo, io proprietario di un muro posso aprirvi finestre a mio piacimento quand' anche dall' aprirle ad esso ne derivi danno, quand' anche per la stessa ragione io gli arrechi incomodo o gli faccia dispetto.

Se dunque nella presupposta ipotesi io ho il diritto di ergere più in alto la mia casa, il mio diritto di farlo assorbe, dirò così, il motivo pel quale lo faccio.

Ma mi si opporrà, mi si proverà anche, farlo io senza nessun mio vantaggio e soltanto per danneggiare, incomodare, far dispetto al vicino.

Ed io risponderò sempre che avendo il diritto di farlo è affatto indifferente il motivo pel quale lo faccio, giacchè questo qualunque esso sia non toglie quello.

Parmi che anche pel Codice Napoleone debba ritenersi lo stesso.

Esso all'art. 552 ha piantato la regola, aver io proprietario assoluta libertà di edificare sul mio suolo come meglio stimo a proposito, quindi anche di farlo quanto alto voglio.

Quando pei riguardi dei vicini ha voluto portare limitazioni a quella mia assoluta libertà, eccezioni a quella regola espressa, lo ha fatto espressamente.

Lo ha fatto colle leggi delle distanze, come ho detto nella suindicata annotazione *a* al Capo XXXIII.

Lo ha fatto eziandio all' art. 661 dando facoltà al vicino di acquistare verso pagamento la comunione di un mio muro ad esso contiguo.

Non lo ha fatto in altri casi, come ho osservato anche nell'annotazione *b* del presente Capo parlando degli art. 552, 663, 674.

Dunque in tutti quegli altri casi ha conservato la mia naturale illimitata libertà di edificare sul mio suolo come meglio stimo a proposito, cioè eziandio quanto alto voglio, senza riguardo al vicino, cioè anchè danneggiandolo, incomodandolo, facendogli dispetto.

Anche qui mi ha accordato diritto di farlo.

Dunque è del tutto indifferente e non dee essere preso in riflesso il qualunque motivo pel quale lo faccio, giacchè il motivo non mi toglie il diritto.

Ma mi verrà opposto che per l' art. 1382 del Codice Napoleone, qualunque atto dell' uomo che arrechi danno ad un altro obbliga colui per colpa del quale è avvenuto a risarcire quel danno.

Dunque se coll' ergere più in alto il mio edifizio io arreco danno al vicino deggio prestargli risarcimento.

Va bene. Io risarcirò quindi il danno da me causato al vicino coll' ergere più in alto un edifizio che non mi arrechi nessun vantaggio. Ma quando lo risarcirò?

Il suddetto articolo lo dice. Quando lo abbia causato per colpa ossia con un fatto ingiusto.

Ma se ho fatto uso del mio diritto non sono in colpa. Non ho commesso nessun fatto ingiusto. Dunque non deggio risarcimento.

Ammettendosi un ragionamento diverso la legge sarebbe qui in contraddizione con sè stessa.

Infatti, se per essa ho diritto di edificare sul mio suolo quanto alto voglio, sarebbe contradittorio ch' esercitando io il diritto ch' essa mi accorda, dovessi poi essere responsabile del danno che al mio vicino ho arrecato.

Infatti mi accorderebbe da un lato di esercitare un diritto e mi punirebbe dall'altro per averlo esercitato.

Tale contraddizione non esiste e non può esistere nella legge.

Tutto ciò però, lo ripeto, può sembrar duro. *Durum est, sed ita lex scripta est.* La legge poi finchè ha vigore dee essere osservata.

Digitized by Google

Non posso quindi disapprovare che il Codice civile pegli Stati di Sardegna, riparando ad una ommissione del Codice Napoleone, dopo avere nell' art. 591 stabilito che chi vuole fabbricare una casa od un muro possa costruirlo sul confine della sua proprietà, salva la facoltà del vicino di rendere il muro comune, a' termini dell'art. 578, che presso a poco corrisponde all' art. 661 del Codice Napoleone, e dopo avere stabilito all' art. 592 che il vicino abbia quella facoltà anche quando la costruzione non sia eseguita sul confine allorchè non venga lasciata una distanza almeno di un metro e mezzo, stabilisce poi che se il vicino approfittare non vuole della facoltà di rendere il muro comune, debba fabbricare in modo da lasciare la distanza di tre metri dal muro dell' altro vicino.

E non posso disapprovare nemmeno le disposizioni dei §§ 139-144 del Codice generale prussiano da me riportate nell' annotazione *a* al Capo XXXIII.

Tutte queste disposizioni tendono evidentemente a diminuire, per quanto sia possibile, il pericolo ed il danno che derivar ponno al vicino dalla troppa vicinanza delle altrui costruzioni, ed a frenare anche la smania da cui altri potesse essere invaso di vessarlo senza verun proprio vantaggio.

Dopo tutto ciò che nella presente annotazione ho detto sull' edificare più alto senza proprio vantaggio e colla mira di danneggiare, incomodare, vessare il vicino, parmi inutile versare sulle quistioni qui trattate dall' autore, della prescrizione e della prova della emulazione e dell' azione cui questa può dar luogo.

(*g*) Intorno al poter edificare secondo il pubblico o secondo il privato diritto, in luogo pubblico ovvero privato, mi riferisco alle annotazioni *b e* al presente Capo.

(*h*) In quanto all' edificare su cosa comune veggasi quello che dirò nell' annotazione *l* pur del presente Capo.

(*i*) Non trovo nel Codice Napoleone e meno nell' austriaco stabilite le servitù legali di non poter togliere con un edifizio l' aria all' aja altrui per la trebbiatura dei grani, il sole all' altrui campo per la utilità dei frutti, e la luce alle scale dell' edifizio altrui.

Servitù di tal fatta, che non sarebbero fondate nella immediata disposizione della legge, non potrebbero, a mio avviso, essere fatte valere, se non fossero state acquistate e stabilite per fatto dell' uomo.

Per le aje il Codice di Sardegna volle nel suo art. 596 supplire al silenzio del Codice Napoleone.

(*k*) L' usufruttuario di un'area nuda ha diritto, in forza al proprio usufrutto, di ergere su essa un edifizio?

Pel § 513 del Codice austriaco egli è obbligato a conservare da buon padre di famiglia la cosa nello stato in cui l' ha ricevuta.

Ha ricevuto un' area nuda. Dee conservarla tale. Dunque non può edificarvi.

Per l' art. 601 del Codice Napoleone usufruisce da buon padre di famiglia.

Usufruire da buon padre di famiglia porta l' obbligo di conservare ciò ch' esiste.

Ma altro parmi conservare ciò ch' esiste, altro far di nuovo ciò che non esiste.

Nell' obbligo di conservare parmi esistere la esclusione del diritto di far di nuovo.

Dunque anche qui l' usufruttuario non potrebbe erigere un edifizio sull' area nuda altrui.

Non potrebbe farlo d' altronde per ambi i Codici perchè farebbe atto di proprietà, ed egli non è proprietario.

Ma se, malgrado a ciò, lo avesse fatto, come dovrebbe essere trattato?

Avrebbe indubbiamente fabbricato un edifizio sul fondo altrui.

Dunque sembra che dovesse essere trattato secondo i §§ 418, 419 del Codice austriaco e secondo l' art. 555 del Codice Napoleone, che parlano in generale di tutti gli edificatori sul fondo altrui, e che non escludono quindi gli edificatori che fossero usufruttuarii.

Parmi però che potendo essergli pervenuto l' usufrutto o per legge o per volontà dell' uomo, cioè in questo ultimo caso o per contratto o per disposizione di ultima volontà, mai o difficilmente assai esser potesse considerato in buona fede, secondo la idea che di questa danno il § 326 del Codice austriaco e l' art. 550 del Codice Napoleone.

Digitized by Google

Mi riporto del resto intorno a ciò a quello che ho detto nell' annotazione c al Capo XXXII.

Ma non dovrebb'essere trattato piuttosto secondo il § 517 del Codice austriaco e l'articolo 599 del Codice Napoleone come usufruttuario che coll' edifizio abbia arrecato miglioramento all' area del proprietario?

Tutto dipende dalla estensione che si dee dare alla parola *miglioramenti* adoperata da quelle disposizioni di legge.

Cioè comprendono esse fra i miglioramenti fatti dall' usufruttuario sul fondo altrui anche un edifizio che su quel fondo nudo avesse fabbricato?

A me sembrerebbe di no.

Avendo a mio parere l' usufruttuario l' obbligo indubbio di conservare ciò ch' esiste, e non avendo il diritto di far di nuovo sulla cosa da lui goduta ciò che non esisteva, la parola *miglioramenti*, nel caso dell' usufrutto, vorrà significare, rendere bensì migliore lo stato di quella cosa, ma conservandola sempre come esiste, vale a dire nel presupposto caso nello stato di area nuda, e non già facendovi di nuovo cose che mutino quello stato, vale a dire, nel suddetto caso facendo sull'area nuda un nuovo edifizio.

Ristretta così la idea congiunta alla parola *miglioramenti* adoperata dal § 517 del Codice austriaco, e dall' art. 599 del Codice Napoleone, queste disposizioni di legge ponno conciliarsi con quelle del § 418 del primo e dell' art. 555 del secondo Codice.

In caso diverso sarebbero inconciliabili, perchè in contraddizione.

Ho l' obbligo di provare questa contraddizione ed inconciliabilità.

Suppongo pel Codice austriaco che un usufruttuario senz' assenso del proprietario abbia edificato sull' area nuda di questo, in modo da produrgli coll' edifizio una durevole utilità.

Quell' usufruttuario è indubbiamente un edificatore sull' area altrui, tanto pel § 418 quanto pel § 517 di quel Codice.

Pel § 418 avendo fabbricato sul fondo altrui senza assenso del proprietario, l'edifizio si devolve sempre a questo proprietario anche procacciandogli durevole utilità.

L' usufruttuario edificatore non ha quindi il diritto di togliere quell' edifizio e di ridurre l' area nello stato primiero, perchè la costruzione non è cosa sua.

Ma se quell' edifizio è considerato un miglioramento, l' usufruttuario edificatore ha pel § 517 il diritto di riprenderselo come cosa impiegata appunto in miglioramento producente utilità durevole.

Ossia ha il diritto di togliere quell' edifizio e di ridurre l' area nello stato di prima, cioè nuda, locchè gli è anche possibile di fare.

Nelle medesime condizioni dunque di edificatore senz' assenso del proprietario e di edifizio procacciante a quest' ultimo durevole utilità, l' usufruttuario pel § 418 non ha e pel § 517 ha il diritto di togliere l' edifizio e di ridurre l' area nello stato primiero.

Così per l' art. 555 del Codice Napoleone quando l' edifizio fosse stato eretto sul fondo altrui da un terzo (ed anche l' usufruttuario è indubbiamente quel terzo) in mala fede, ed il proprietario conservare volesse per sè l' edifizio, pagargli dovrebbe il valore dei materiali e del prezzo della mano d' opera non avuto riguardo al maggiore o minor aumento di valore che il fondo avesse potuto ricevere, ossia dovrebbe indennizzarlo.

Ed invece per l'art. 599 se quell' edifizio dovesse essere considerato miglioramento, l' usufruttuario non avrebbe mai diritto ad indennizzazione, nemmeno se coll' edifizio avesse aumentato il valore del fondo.

Anche qui nelle medesime condizioni l' edificatore per l'art. 555 potrebbe avere e per l' art 599 non avrebbe mai diritto ad indennizzazione.

Perchè la legge poi non sia in contraddizione con sè stessa, fa d'uopo, come ho detto di sopra, ritenere che un edifizio costruito dall' usufruttuario sull' area del proprietario non sia miglioramento del quale trattano il § 517 del Codice austriaco e l' art. 599 del Codice Napoleone.

E non essendo compreso fra quei miglioramenti, ne verrà che l' usufruttuario edificatore sull' area nuda altrui non dovrà essere trattato secondo queste ultime disposizioni di legge.

E ne verrà inoltre che appunto come edificatore sull' area altrui non potrà essere trattato in modo diverso da tutti gli altri edificatori, e dovrà esserlo secondo la regola per tutti stabilita dai §§ 418, 419 del Codice austriaco, e dall' art. 555 del Codice Nap.

Digitized by Google

Non nego però poter essere considerata dubbiosa la quistione, e poter altri non senza fondamento sostenere opinione diversa dalla mia.

(*l*) Il comproprietario di un'area nuda ad altri comune ha diritto di costruire su essa un edifizio?

Pel § 828 del Codice austriaco quando tutt' i consorti sono d'accordo, hanno diritto di disporre ad arbitrio della cosa comune.

Dunque se i comproprietarii dell' area sono d' accordo, parmi che un comproprietario abbia diritto di costruire su essa quell' edifizio.

Se non sono d' accordo, nessuno può far innovazioni sulla cosa comune con cui disponesse della porzione di un altro.

Dunque in questo ultimo caso, sull' area comune un solo comproprietario non può eseguire quella costruzione.

Crederei poi che la costruzione di un novello edifizio non fosse quell' atto di ordinaria amministrazione e godimento della cosa comune di cui parla il § 833.

Crederei invece che fosse uno dei cangiamenti importanti per la conservazione e pel migliore godimento della cosa comune dei quali parla il § 834.

Quindi non essendovi accordo fra tutt' i comproprietarii, un solo di essi non può edificare sull' area comune se non ha a favor suo la pluralità dei voti degli altri, ed in caso di parità di voti una delle decisioni accennate nel § 835.

Per quei comproprietarii però che hanno dovuto cedere alla maggioranza dei voti degli altri provvedono i suddetti §§ 834, 835.

Come dovrà poi essere trattato, secondo il Codice austriaco, il comproprietario di un' area nuda ad altri comune, che solo, senza la maggioranza dei voti degli altri ed in caso di voti pari senza una delle suddette decisioni, abbia su essa costruito un edifizio?

Egli per certo ha illecitamente, arbitrariamente edificato.

Ma essendo comproprietario di un' area ad altri comune, lo sia poi con o senza assegnamento di parti ideali non fisicamente separate, è comproprietario di tutta quell' area, anche se ne avesse una parte ideale, come un terzo, un quarto ecc., perchè in questo caso non si sa su qual parte fisicamente determinata della intiera area cada il suo diritto di proprietà.

Ora essendo comproprietario di tutta quell' area non si potrà negare che abbia edificato anche sul fondo proprio, e non si potrà sostenere che lo abbia fatto in tutto e per tutto su un fondo esclusivamente altrui.

E se così non ha edificato sul fondo esclusivamente altrui, parmi che non potessero indubbiamente venirgli applicati i §§ 418, 419 del Codice austriaco, che appunto riguardano gli edificatori su quell' altrui fondo.

E parmi invece che a fronte e nei riguardi degli altri comproprietarii dovesse piuttosto essere considerato come amministratore della cosa loro senza mandato.

E se ciò è vero, dovrebbe, nel caso concreto, essere trattato secondo i §§ 1035-1040 che parlano appunto di quell' amministratore.

Queste regole tutte poi dovrebbero, a parer mio, applicarsi ai casi di comproprietà ossia comunione della suddetta area avente fondamento, come dice il § 825, nel caso fortuito, se qui potesse aver luogo, o nella legge, come nella successione intestata o nella disposizione di ultima volontà, cioè nella eredità e nel legato.

Dovrebbero applicarsi, secondo i §§ 826, 1188 al contratto di comunione di beni o a dir meglio di società, non però a quello di comunione di beni tra coniugi, del quale parla l' altro § 1233.

Digitized by Google

de al momento in cui quella divisione può aver luogo secondo i §§ 1262-1266 e non prima. Sicchè prima della divisione stessa il coniuge proprietario dell'area dichiarata comune ne rimane esclusivo proprietario.

E se in ambi i casi gli spetta quella esclusiva proprietà ed effettivamente non sussiste comunione, le regole che per la comunione ho spiegato non sono applicabili.

Il Codice Napoleone tratta espressamente della comunione dipendente da contratto di società, e di quella fra coniugi, sia questa poi legale o convenzionale.

Nel contratto di società, i socii deggiono seguire le regole ch' esso ha fissate.

In questo caso dipende dalla convenzione, che un socio possa o no costruire senza assenso degli altri socii un edifizio sull'area nuda comune.

Non dando su ciò regole il contratto le dà la legge.

Per l' art. 1859 del Codice Napoleone, in mancanza di speciale convenzione, uno dei socii non può fare innovazioni sugl' immobili dipendenti dalla società, sebbene le pretenda vantaggiose, quando gli altri socii non vi acconsentano.

A farle pare richiesto l'assenso di tutt' i socii, esclusa ogni maggioranza di voti.

Dunque un comproprietario di un' area posta in società non può erigere su essa un edifizio senza l' assenso di tutti gli altri socii.

E se di ciò si trova aggravato, altro non gli resta che far cessare la società, secondo l' articolo 1865.

Non sembrami che il Codice Napoleone parli della comproprietà nascente o da caso fortuito se pegl' immobili può aver luogo, o da legge nella successione intestata, o da disposizione di ultima volontà per eredità o per legato.

In questi casi di comproprietà di un' area parmi che per analogia dovrebbero essere seguite le regole del contratto di società.

Queste regole però non sarebbero applicabili nel caso di comunione di beni fra coniugi.

Nella comunione legale il marito è padrone di essa a segno di potere, senza intervento della moglie, secondo l' art. 1421, vendere, alienare, ipotecare.

Dunque senz' assenso di essa potrebbe anche sull' area nuda comune costruire un edifizio.

Le moglie in comunione legale non può, pegli art. 217-219, donare, alienare, ipotecare, acquistare senza concorso od assenso in iscritto del marito e senza il permesso del giudice.

Dunque senza quel concorso, assenso o permesso, non dovrebbe nemmeno poter costruire sull'area comune quell' edifizio.

In quanto alla comunione convenzionale fra coniugi, il contratto per l'art. 1528 dà le regole che anco in questo particolare esser deggiono eseguite.

Se non dà regole, la comunione convenzionale soggiace a quelle della legale che ho sopra indicate.

Come sarà poi trattata la moglie che senza concorso od assenso in iscritto del marito o senza permesso del giudice; come il sarà un altro comproprietario che senz'assenso dei suoi socii abbiano su un' area nuda comune costruito un edifizio?

Anche qui se costruirono sull' altrui costruirono anche sul proprio fondo.

Non avendo costruito su un' area esclusivamente altrui parmi che non sia applicabile l' articolo 555, che contemplerebbe appunto gli edificatori sul fondo esclusivamente altrui.

Parmi invece che dovrebbero essere trattati come amministratori senza mandato.

Quindi se costruendo l' edifizio hanno male amministrato, dovranno, per l'art. 1374, i danni e gl' interessi agli altri comproprietarii.

E se hanno bene amministrato, gli altri comproprietarii dovrebbero, per l'art. 1375, rimborsarli delle spese utili o necessarie ch' edificando hanno fatto per essi.

(*m*) La quistione qui promossa dall' autore non dovrebbe aver luogo fra noi.

Castella (fortilizii) od altre fortificazioni fa costruire il solo Principe, non un privato.

Fortunatamente non siamo più ai tempi delle forti castella, dei signorotti, dei bravi.

E se le fa costruire il solo Principe sono proprietà di esso, dello Stato, e non di privati.

Digitized by Google

(*n*) Il Principe in tempo di guerra fortifica per pubblica difesa il mio luogo.

Finita la guerra sta in lui restituirmelo o no.

Se me lo restituisce, dovrebbe a sue spese ridurmelo allo stato primiero, o pagarmi il valore del danno che fortificandolo mi fosse stato arrecato, quando non mi contentassi di riceverlo qual è senza indennizzazione.

Se non vuole restituirmelo sarò stato espropriato per oggetto di pubblica utilità e mi sarà dovuta indennizzazione secondo il § 365 del Codice austriaco e l' art. 545 del Codice Napoleone, quando non l' avessi avuta prima.

Veggansi del resto sui danni di guerra la sovrana Risoluzione 5 aprile 1816 pubblicata dal Governo di Milano nel 23 aprile 1816 e la Circolare di quel Governo 26 maggio 1820.

E veggasi la Circolare del Governo di Venezia 9 luglio 1840 N. 25935 portante le norme adottate da S. M. per la verificazione e il compenso dei danni arrecati ai proprietarii dei fondi per esercizii militari.

Digitized by Google

CAPUT XL.

DE PARIETE SEU MURO.

I. *Paries, murus, et macenies, quid sint, et in quo differant.* — II. *Lex ult. fin. regun. an habeat locum non solum quando aedificatur juxta fundum vicini rusticum, sed etiam urbanum.* — III. *Vicinus si habeat stillicidium domus supra solum meum, puta per duos pedes, et ego murum in solo meo aedificare velim: an a vicini muro per unum pedem remotus stare debeam, an vero a loco in quo vicini stillicidium cadit.* — IV. *Paries ligneus inter medias ubi esset, an aedificari possit, etiam affigendo ipsum in via in suo, in confinibus nullo spatio demisso, ad simil. volentis sepem et macerem construere.* — V. *Spatium quod relinquitur intermedium, an relinquentis, vel utriusque esse debeat.* — VI. *Vicinus in muro suo an ostium facere possit per quod ad solum meum vadat.* — VII. *Murum vel domum juxta domum vicini aedificans, cujus stillicidium in medio cadit, an solum incrustare teneatur, et aquam extra ducere, ita quod murus vicini non materia crescat, nec damnum propter aquae receptionem in dicto loco patiatur.* — VIII. *Murus vel domus vicini juxta aream meum vel hortum si reperiatur, an solo suo dimisisse praesumatur.* — IX. *Domus duae vel duo muri si reperiantur, et in medio reperiantur solum dimissum per pedem unum aut duos vel plures, et non aedificando dimiserit, nec quis primo aedificaverit, appareat quis an in dubio commune esse debeat.* — X. *Aedificaverit si quispiam super pariete alieno quid juris.* — XI. *Murus communis quis dicatur, et quot modis.* — XII. *Res pro diviso duobus modis capitur.* — XIII. *Murus an sit communis inter vicinos, vel proprius unius tantum qualiter cognoscatur.* — XIV. *Murariis et aliis in arte peritis credendum est.* — XV. *Annuli ferrei lapidibus infixi, in quibus equi alligantur, ad civitatis ornatum fiunt.* — XVI. *Insignia vel arma in muro sculpta quid probent.* — XVII. *Tigna habens cum aliquibus signis in muro, qui est inter ipsum et vicinum: an praesumatur habere jus servitutis vel communionis.* — XVIII. *Tigna alia vel signa si in principio vel in fine muri fuerint ab una parte tantum: an eo casu quo per illa signa murus communis vel servitus censeretur, intelligatur esse murus communis in totum, vel servitus in toto muro*

CAPO XL.

DELLA PARETE, OSSIA DEL MURO.

I. Che siano ed in che differiscano la parete, il muro, ed il muro a secco. — II. Se la legge ultima *ff. finium regundorum* abbia luogo non solamente allorquando si fabbrica lunghesso il fondo rustico del vicino, ma eziandio lungo l'urbano. — III. Se, qualora il vicino abbia lo stillicidio della sua casa sportante sopra il mio suolo, per esempio per due piedi, ed io voglia fabbricare un muro nell'area mia, debba tenermi lontano per un piede dal muro del vicino, oppure dal sito nel quale il suo stillicidio comincia a cadere. — IV. Se si possa fabbricare una parete di legno intermedia, anche piantandola nel proprio, ma presso la strada, senza lasciare alcuno spazio ne' confini, a simiglianza di chi vuol piantare una siepe od un muro a secco. — V. Se lo spazio che si lascia nel mezzo, sia di chi lo lascia, oppure di ambidue i vicini. — VI. Se il vicino possa fare nel suo muro una porta, per la quale vada al mio fondo. — VII. Se chi fabbrica presso il muro o la casa del vicino, lo stillicidio del quale cade nel mezzo, sia tenuto a selciare il suolo ove cade e condur fuori l'acqua, in guisa che il muro del vicino non si copra di materia, nè risenta danno per la caduta dell'acqua in quel sito. — VIII. Se qualora il muro o la casa del vicino si trovi lunghesso la mia area od il mio orto, si presuma aver egli abbandonato il suolo intermedio. — IX. Se, quando fra due case o due muri si trovi il suolo abbandonato per un piede o per due o per più, e non si sappia chi fabbricando l'abbia abbandonato, nè chi per primo abbia fabbricato, nel dubbio debba esser comune. — X. Se alcuno fabbricò sull'altrui muro, che di diritto? — XI. Quale si dica muro comune ed in quanti modi. — XII. La casa divisa si considera in due maniere. — XIII. In qual modo si conosca se il muro sia comune tra i vicini, o proprio di un solo. — XIV. Deesi prestar fede ai muratori ed altri periti nell'arte. — XV. Gli anelli di ferro infissi nelle pietre, ai quali si legano i cavalli, son posti ad ornamento della città. — XVI. Che cosa provino le insegne ed armi scolpite nel muro. — XVII. Se chi tiene le travi con alcuni segni nel muro posto fra lui ed il vicino, si presuma aver diritto di servitù o di comunione. — XVIII. Se, qualora altre travi o segni fossero nel principio o nel fine del muro soltanto da una parte, nel caso in cui il muro in forza di que' segni si riputasse comune o serviente, esso si risguardi interamente comune, o la servitù s'intenda imposta su

Digitized by Google

imposito, an varo in parte illa, in qua signa sunt. — XIX. *Muro in communi an socius aedificare valeat.* — XX. *Aedificium super pariete cedit parieti inferiori.* — XXI. *Parieti communi licet per unum tantum ex sociis servitus imponi non possit: bene tamen ipsi domui imponi poterit.* — XXII. *Socius an murum communem cooperire possit.* — XXIII. *Socius in muro communi an tignum immittere valeat.* — XXIV. *Socius an communem parietem possit imponere, vel restituere, vel reficere.* — XXV. *Socius in muro communi an possit facere fenestram, vel factam claudere.* — XXVI. *Murum communem quando quis altius tollere vult, vel in eo aliquid fabricare, cujus expensis hoc facere debeat.* — XXVII. *Socius si primo super muro communi aedificaverit, ipsum altius suis expensis tollendo, alius postea socius super dicto muro vult iterum reaedificare, vel in eo aliquid fabricare, vel immittere, an teneatur solvere dimidiam illius muri primo elevati per alium socium suis sumptibus.* — XXVIII. *Actio negotiorum gestorum quo casu competat.* — XXIX. *Aedificans in solo alieno sicut alterius sumptus non repetit, si scienter aedificaverit, ita etiam scienter muro communi superaedificans.* — XXX. *Consuetudo in aedificiis faciendis attendenda est.* — XXXI. *Socius si non vult altius murum communem tollere, nisi pro una parte tantum, et murus ita elevatus longior sit, cujus sumptibus id facere teneatur.* — XXXII. *Murus altius elevatus si reperiatur, nec appareat aedificaverit, et cujus expensis, quid juris.* — XXXIII. *Vicini duo si areas contiguas, vel hortos contiguos habeant, et parietem in medio propter clausuram fecerint, alter tamen vicinus ex latere suo super communi pariete aedificare velit, quo aedificio facto area vel hortus convicini deterior fiat, sed tamen ab uno latere aer, sol, et ventus liberi ad aream vicini remanent, quid juris.* — XXXIV. *Paries qui in medio est, an communis remaneat, si ex duabus domibus una vendatur.*

I. *Paries sive murus idem significant* (1); *murus* (*) *dicitur cum calce sine cemento* (2). *Sed maceries dicitur murus de lapidibus sive cemento* (3), *qui murus in villis fieri consuevit: et ideo dicebat Laurentius glossator contra Joannem quando minus recte fundabat dicta sua, quod ipse ligabat arenam sine coemento* (4). *Si quis murum juxta regionem alterius aedificare voluerit, pedem derelinquat: si autem domum, duos pedes,* text. est in l. fin. quae incipit, si quis sepem finium regun., *quae fuit lex graeca Solonis, et in latinum per Cajum interpretata* (5), *et capitur ibi regio, pro confinio duorum praediorum* (6).

tutto il muro, oppure solamente in quella parte nella quale stanno i segni. — XIX. Se il socio possa fabbricare nel muro comune. — XX. L'edificio costrutto sopra una parete cede a questa. — XXI. Benchè la servitù non possa essere imposta al muro comune da uno solo fra' socii, tuttavolta potrà essere imposta alla stessa casa. — XXII. Se il socio possa coprire il muro comune. — XXIII. Se il socio possa immettere una trave nel muro comune. — XXIV. Se il socio possa fabbricare, ristaurare o rifare il muro comune. — XXV. Se il socio possa aprire finestra nel muro comune od otturarla dopo che fu aperta. — XXVI. A peso di chi vadan le spese, quando alcuno vuole innalzare il muro comune, o fabbricare in esso qualchecosa. — XXVII. Se, qualora un socio dapprima fabbricò sul muro comune coll' innalzarlo a sue spese, ed un altro poscia voglia nuovamente fabbricare sul detto muro, o far qualche cosa od immettere alcun che, quest'ultimo sia tenuto a pagare la metà di quel muro che prima fu innalzato a spese dell'altro socio. — XXVIII. In qual caso competa l'azione di gestione d'affari. — XXIX. Siccome chi fabbrica sull'altrui suolo non può ripeter le spese se fabbricò scientemente, così pure non può ripeterle chi fabbrica scientemente sul muro comune. — XXX. Dee seguirsi la consuetudine nel costruire gli edificii. — XXXI. A peso di chi vadan le spese, qualora un socio non voglia innalzare il muro comune se non in una parte, ed il muro così innalzato si trovi più lungo. — XXXII. Che di diritto, qualor si trovi il muro levato più alto, nè si conosca chi l'abbia innalzato, nè chi abbia fatte le spese? — XXXIII. Che di diritto, allorquando due vicini abbiano l'area o gli orti contigui, ed abbian costrutto un muro nel mezzo onde chiuderli; ed uno di essi voglia fabbricare dalla sua parte sopra il muro comune, in guisa che per lo innalzamento dell'edificio l'area od orto del vicino resti deteriorato, ma tuttavia gli rimangano da un altro lato aria, sole e vento? — XXXIV. Se quando un muro giacola nel mezzo di due case ed una di queste sia venduta, esso rimanga comune.

I. Le parole parete e muro hanno la stessa significazione. *Muro* (*) si dice quello ch'è costrutto colla calce o cemento; *maceria* poi, o *muro a secco*, è quel muro ch'è formato con pietre senza cemento, il quale si suole costruire ne' villaggi; e però il glossatore Lorenzo diceva contro Giovanni, allorchè questi erroneamente parlava, ch'e' legava la sabbia senza cemento (*a*). E la glossa reca: Se alcuno vuol fabbricare lungo la regione di un altro, lasci vacuo un piede di suolo; se poi lungo la casa altrui, lasci vacui due piedi, giusta la legge finale *ff. finium regund.*, la quale fu legge greca di Solone ed interpretata da Cajo in latino; ed in essa la parola *regione* sta invece di confine de' due fondi.

Digitized by Google

fundum vicini rusticum, sed etiam urbanum? Et videtur quod solum locum habeat, quando aedificatur juxta rusticum, quia illa in l. fin. quae est posita in titul. finium regun. *habet locum in rusticis, non in urbanis* (1), *et hoc videtur sentire gloss.* (2) *dum dicit, juxta agrum alterius, qui ager est locus* (**) *rusticus* (3), *et hoc tenet Flor.* (4) *qui dicit, iste est verior intellectus ad illam legem. Ego autem teneo contrarium, videlicet quod habeat locum, quando quis aedificaverit juxta urbanum fundum vicini:* per text. juncta gloss. (5), *et idem tenet Azo* in summa C. de aedific. privat. *qui dicit quod* l. moeniana *loquitur in moenianis sive solariis* et d. l. fin. finium regun. *habet locum in ceteris aedificationibus vel constructionibus, et probo per istam rationem: nam esset valde absurdum, quod* l. moenia C. de aedificiis privatis *provideret de solariis quae fuerunt in domo ut patet in eadem aedificantibus* et l. fina. *solum provideret, quando murus fieret juxta fundum rusticum, et non provideret quando fieret juxta fundum urbanum: quod magis communè contingit, magisque necessarium est* (6) *non obstat quod* dic. l. fin. sit posita in titul. finium regun., *quia est lex nova graeca edita: ut ibi dicitur in prima gloss. et loquitur etiam de fundo rustico: puta de sepe, macerie, fovea, et fructibus, et de aliis lignis, quae communiter in fundo rustico fieri solent: et sic facit ad titul. nec est inconveniens, etiam si interferuntur duo alii casus, qui non faciunt ad titul.* (7) *nam satis est, quod pro majori parte faciat ad titul.* (8). *Unde concludo, quod* dicta l. final. finium regun. *habet locum etiam, quando quis vult aedificare domum juxta domum vicini, et sic fundum urbanum: et ita observatur, et judicare debet, et adde omnino quae dicam infra de moenianis.*

III. *Sed pulchra est dubitatio. Quid si*

(1) *L. 4. § hoc judicium, 10. eod. tit.*
(2) *In d. l. fin. in versicul. domum.*
(3) *L. ager. in princip. de verborum significat. et l. fundi appellatione, eodem titul.* et idem vult gloss. *1. in princip. apertius in l. moeniana, C. de aedificiis privatis.*
(4) *In d. l. fin.*
(5) *In l. 1. C. de interdictis, et text. cum gloss. in l. quidam Iberus, in princ. in versicul. ad partem, ibi,* vel dic, id est, minus proprie. *de serv. urban. praed.* et est text. cum gloss. *in l. qui bona § si quis juxta, de damn. infect. et gloss. in l. de pupillo, § Sextus, in versicul. quoties, eodem titul.*
(6) *Facit l. nam, ad ea, cum similib.*
(7) *Juxta notab. in prima constitut. C. § quibus, in l. imperatores, de in diem. addit.*
(8) *Argument. l. quaeritur hermaphroditum, de statu homin.*

il rustico fondo del vicino, sì eziandio quando si edifica allato l' urbano? E sembra che essa abbia luogo soltanto allorchè si fabbrica dappresso il rustico, perchè, essendo posta nel titolo *finium regund.*, risguarda i fondi (**) rustici, non già gli urbani; e questo sembra essere sentimento della glossa, mentre dice: *presso il podere del vicino*; il qual podere è fondo rustico, e ciò ritiene anche Floriano, il quale soggiunge: questa è più vera interpretazione di quella legge. Io però ritengo il contrario, cioè ch' essa abbia luogo allorquando taluno fabbricò lungo il fondo urbano del vicino, per l'autorità de' testi, della glossa e di Azzone, il quale nella Somma del Codice *de aedifi. priv.* dice che la legge *moeniana* parla dei terrazzini o solatii, e la sopraccennata legge *fin. reg.* ha luogo nelle altre costruzioni o fabbricazioni. E che ciò sia vero, lo provo per questa ragione; imperocchè sarebbe oltremodo assurdo che la legge *moeniana* provvedesse soltanto circa i solatii che furon fatti nella casa, come dalla stessa legge risulta, e la legge finale provvedesse solamente al caso in cui il muro fosse fabbricato presso il rustico fondo, e non a quello in cui fosse elevato presso l' urbano; dacchè ciò che più comunemente accade, maggiormente s' addimostra necessario. Ned osta quello che dice la predetta legge *fin. ff. fin. reg.*, la quale è legge nuova pubblicata in greco, come si trova nella glossa citata, e parla eziandio del fondo rustico, verbigrazia, della siepe, del muro a secco, della fossa, dei frutti e delle altre cose che ordinariamente si sogliono fare nel fondo rustico, e così giova a questo titolo; nè si mostra inapplicabile, ancorchè includa altri due casi che non giovano al titolo, conciossiachè basti che serva all' uopo nella sua maggior parte. Donde io conchiudo che la detta legge finale *ff. fin. reg.* ha luogo ancor quando taluno fabbricar voglia una casa presso la casa del vicino, e così presso un fondo urbano; ed in tal guisa si giudica, e giudicare si deve. Aggiungi totalmente ciò che dirò in seguito circa i poggiuoli (*b*).

III. Ma v' è un bel dubbio. Che sarà di

Digitized by Google

vicinus habet stillicidium domus in solum meum puta per duos pedes, et ego volo aedificare murum in solo meo: an debeam stare remotus per unum pedem a muro vicini: an vero a loco in quo stillicidium vicini casitat? vide quod plene dixi supra de servitute stillicidii avertendi in octava quaestione.

IV. *Quid autem si esset paries ligneus? teneo quod possit aedificare etiam affigendo ipsum in via in suo, in confinibus nullo spatio dimisso, ad similitudinem volentis sepem et maceriem construere: per text.* in d. l. fin. in princip. fin. regun. *quae dicit, si quis sepem vel maceriem effoderit juxta regionem alterius, terminum suum non excedat, et credo quod ratio hujus sit, quia* d. l. fin. *vult quod spatium dimittatur propter damnum quod posset devenire vicino propter aedificationem vel plantationem* (1), *et ideo eum per sepem, aut maceriem, vel domum ligneam, non multum fodiatur, et sic nullum damnum possit esse vicino, merito sufficit quod terminum suum non excedat* (2).

V. *Sed vidi dubitari, cujus debeat esse spatium, quid relinquitur: an relinquentis, vel utriusque? et puta quod sit relinquentis, si prius suum erat: quia pro hoc non debet perdere suum; satis est, quod consulatur vicino, ne damnum patiatur: non tamen debet consequi lucrum* (3), *maxime quando fit fovea, et plantatur oliva, vel seps, aut alia ligna, esset iniquum, nec etiam observatur, ut illud solum efficiatur vicini.*

VI. *Sed numquid vicinus poterit in muro suo facere ostium, per quod possit venire ad illud solum? istam quaestionem*

diritto, se il vicino abbia lo stillicidio della casa sporgente sopra il mio suolo, per es., per due piedi, ed io voglia fabbricare un muro nel mio fondo? Dovrò io tenermi distante di un piede dal muro del vicino, ovveramente dal sito in cui lo stillicidio cade? Vedi ciò che pienamente ho discorso più sopra circa la servitù di divertire lo stillicidio, nell' ottava quistione (*c*).

IV. E che poi, se il muro fosse di legno? Ritengo che si possa fabbricare anche piantandolo sul proprio presso la strada, non lasciando alcuno spazio ne' confini, a simiglianza di chi vuole piantare una fratta od un muro a secco; e ciò in forza della detta legge finale in princ. *ff. fin. reg.*, la quale reca: Se alcuno alzar voglia una siepe od un muro a secco presso la regione di un altro, si guardi dall' oltrepassare il suo confine; e credo che la ragione di tale prescrizione sia questa: che la detta legge finale vuole si lasci uno spazio pel danno che potrebbe derivare al vicino dalla fabbricazione o piantagione; e perciò, siccome per piantare una fratta, od innalzare un muro a secco od una casa di legno, non si cava molto profondamente, e quindi nessun danno può venirne al vicino, così a buon dritto è bastante che chi fabbrica o pianta non sorpassi il proprio confine (*d*).

V. Ma io udii dubitare sul punto: a chi spetti lo spazio abbandonato; se a chi lo abbandona, oppure all' altro? E ritengo che sia di chi lo lascia, se prima era suo, dacchè per ciò non dee perdere il proprio; ed è bastante che il vicino resti assicurato da danno, non però deve asseguire alcun lucro. Ciò ha luogo massime quando si scavi una fossa o si pianti un olivo, una siepe od altr' albero, avvengachè sarebbe iniquo, ed invero non si osserva, che il suolo abbandonato diventasse proprietà del vicino (*e*).

VI. Ma forse il vicino potrà aprire nel suo muro una porta per la quale possa andare a quel suolo? Così fatta questione fu

Digitized by Google

tam facere, causa veniendi ad illud pro suo tantum stillicidio: quia qui habet servitutem, intelligitur etiam habere aditum pro ea conservanda (1), *et ita vidi observari. Aut vicinus non habebat stillicidium supra: et teneo quod portam facere non possit: quia non potest ad illud solum venire, quod est alienum: nec debet servitutem, domino nolente* (2).

lora egualmente potrà aprire una porta per andare a quello fino al punto dello stillicidio soltanto; imperocchè quegli che ha una servitù s' intende altresì avere l'accesso per conservarla, e così infatti io vidi giudicare. Od il vicino non aveva stillicidio sopra quel suolo, ed allora io ritengo che non possa aprir porta, poichè non può andare a quel suolo che ad altri appartiene, nè può questo suolo essere obbligato a servitù contro la volontà del suo padrone (*f*).

VII. *Item numquid aedificans murum vel domum, juxta domum vicini, cujus stillicidium in medio cadit, tenetur incrustare solum, et aquam extra ducere, ita quod murus vicini non marcescat, nec damnum patiatur propter receptionem aquae in dicto loco? Et teneo quod sic* (3) *hoc optime probatur, et ita judicari vidi.*

VII. Del pari, quegli che fabbrica un muro od una casa presso la casa del vicino, lo stillicidio del quale cade nel mezzo del suolo interposto, è forse tenuto a selciare tal suolo ed a condur fuori l' acqua, per guisa che il muro del vicino non marcisca, nè soffra danno pel ricevimento di quella? Ritengo che lo sia, mentre ciò è provato ottimamente da'testi e così vidi giudicare (*g*).

VIII. *Numquid autem in dubio, si reperiatur murus vel domus vicini, juxta aream meam vel hortum, praesumatur dimisisse solo suo* (4)? *Credo quod sit dicendum, si aliud non appareat ex instrumento emptionis fundi mei vicini. Aut ille qui aedificavit, possidet tantum de solo prope dictum murum, vel domum versus vicinum: et tunc praesumitur illud dimisisse: quia alias illud possidere non posset* (5). *Aut non possidet ipse, sed vicinus: et tunc praesumitur contrarium: quia si relinquisset aedificans, verisimiliter ipse possideret, ex quo erat suum, ut statim dixi.*

VIII. E se poi si trovi il muro o la casa del vicino allato alla mia area od al mio orto, nel dubbio si presume forse che il vicino abbia abbandonato lo spazio frapposto? Credo, che se altrimenti non risulti dall' istrumento di compera del fondo mio o del vicino, così debba dirsi: O chi fabbricò possede tanto suolo lungo il detto muro o casa del vicino quanto s' estende lo spazio interposto, ed allora si presume che ei l' abbia lasciato, perchè altrimenti non potrebbe possederlo. Od ei nol possede, si invece il vicino; ed allora si presume il contrario, perchè se il fabbricante lo avesse lasciato, verisimilmente lo possederebbe egli stesso, per ciò ch' era suo (*h*).

IX. *Sed si reperiantur duae domus, vel duo muri, et in medio reperiatur solum dimissum per pedem aut duos vel plures, et non appareat quis dimiserit aedificando, nec quis primo aedificaverit: teneo quod in dubio esset commune* (6). *Et ideo cautus debet esse ille, qui primo aedificavit, si dimisit spatium soli sui, ut affigat in muro suo lapidem se extendentem ultra murum tantum, quantum est spatium soli quod dimisit: et ita alias vidi solum dimissum inter domos, et quemlibet vicinum habere lapidem in domo sua se tantum protendentem, quantum est solum quod dimisit, quae omnia perpetuo*

IX. Ma se si trovano due case o due muri, e nel mezzo uno spazio abbandonato per un piede, o per due, o per più, e non apparisca chi fabbricando l' abbia lasciato, nè chi primamente abbia fabbricato, ritengo che nel dubbio esser debba comune. E però quegli che primo fabbricò deve usar la cautela, qualora abbia abbandonato uno spazio del suo suolo, di conficcare nel suo muro una pietra che si estenda tanto oltre esso muro, quanto è lo spazio del suolo abbandonato. Così altre volte io vidi alcun suolo lasciato fra case, e certo vicino aver nella sua casa una pietra che tanto si estendeva quant' era il suolo che avea abbando-

(1) *Argum. l. 1. § 1. si ususfruct. petatur.*
(2) *Et habetur in l. divus, de serv. urb. praed.*
(3) *Per text. in l. si fistulas in fin. princ. ibi, assiduum humorem habeat, et nocet vicino, de serv. urb. praed. et per text. in l. fistulas, si servitus vendit.*
(4) *Juxta dictam l. finalem, fin. regund.*
(5) *Argum. l. merito, ff. pro soc.*
(6) *Argum. l. pro regione, de acquirendo rerum dominio, et l. inter eos, eod. titul.*

Digitized by Google

tene menti: quia sunt quotidiana, et per Dd. non tanguntur.

X. *Dictum est hactenus de aedificante parietem seu murum proprium, sed quid si quis aedificaverit super pariete alieno? Dic breviter, si supra parietem tuum vicinus tuus aedificaverit, proprium ejus id quod aedificavit fieri, Labeo et Sabinus ajunt: sed Proculus tuum proprium fieri: quemadmodum fieret tuum, quod in tuo solo alius aedificasset: quod secundum Pomponium verum est* (1), *et idem probatur* (2), *et ibi de hoc plene per Cyn. et Dd. unde ea quae dicuntur in aedificante in solo alieno* (3), *procedunt etiam in aedificante super pariete, sive muro alieno, quod facit ad multa et praedicta intellige, nisi quis supra alienum aedificium aedificaret jure servitutis, alias enim supra alienum aedificium superius habere nemo potest in hoc quod dictum est* (4), *et cujus aedificium est superius, jure servitutis potest quantum vult supra suum aliud aedificium imponere, dummodo inferiora aedificia graviori servitute non onerentur, quam pati deberent* (5). *De pariete sive muro proprio satis diximus: nunc de communi videamus.*

XI. *Et primo, et principaliter, quis dicatur murus communis. Dic, communis dicitur duobus modis, uno pro indiviso, alio pro diviso. Paries communis pro indiviso est quandoque ex societate expressa* (6), *quandoque ex societate incidenti, et tacita* (***), *verbi gratia, tu imponis tignum in parietem ultra dimidiam muri, et ego etiam impona, et tu uteris quantum tibi expedit, ego etiam utor, et ex hoc contrahitur quaedam tacita societas* (7), *et sic re tacite contrahitur societas, et sentit gloss.* (8). *Paries vero sive murus communis pro indiviso dicitur, quando murus est inter te et me, et nil per te*

sato. Le quali tutte cose rammenta perpetuamente, perchè sono quotidiane e non toccate da' Dottori (*i*).

X. Finora parlossi di chi fabbrica la parete od il muro sul proprio; ma che dirassi di quegli che fabbrica sul muro altrui? Rispondi brevemente: se il tuo vicino avrà fabbricato sopra il tuo muro, Labeone e Sabino dicono che lo edificato sarà sua proprietà; ma Procolo invece, che sarà tuo, in quella stessa guisa che tuo diverrebbe ciò ch' altri nel tuo suolo avesse fabbricato; lo che, secondo Pomponio, è vero, ed è provato da' testi, e confermato da Cino e dai Dottori, per modo che quelle cose che si dicono circa il fabbricante nel suolo altrui, valgono pure per chi fabbrica sull' altrui muro o parete. Ciò giova in molti riguardi; e le predette cose intendi aver luogo, purchè alcuno non abbia fabbricato nell' altrui per diritto di servitù, perchè, tranne questo caso, nessuno può avere un edificio sovrapposto all' altrui, per ciò che fu detto; e quegli che possede l' edificio sovrapposto, per diritto di servitù può quanto vuole sovrapporre a questo un altro ancora, purchè i sovrapposti edificii non gravi di servitù maggiore di quella che possono sopportare. Se non che abbastanza parlammo della parete o del muro proprio di alcuno; ora tratteremo del comune (*k*).

XI. E primamente e precipuamente, quale si dice muro comune? Rispondi: il muro può dirsi comune in due modi, od indivisamente, o divisamente. Il muro comune è indiviso talora per espressa società, e talora per tacita (***) ed accidentale. Per esempio: tu immetti una trave nella parete oltre la sua metà, ed ancor io ne impongo un' altra; tu ne fai uso quanto ti piace, ed io pure ne faccio uso, e per ciò tacitamente si contrae una certa società, come dice il testo: *così tacitamente colla cosa si contrae la società*; e come opina la glossa. La parete poi o muro si dice indiviso, quando sta fra te e me, e nulla fu immesso da te

Digitized by Google

et de isto pariete loquitur lex, paries de serv. urb. praed., *ista sunt verba not. Barthol.* (1), *et ad omnino quod not. Anton.* (2).

XII. *Et adde, quod pro diviso accipitur res duobus modis, uno modo, quod nulla pars sit, in qua sit communis, licet termini non sint impositi* (3). *Alio modo potest accipi pro diviso, hoc est terminare, et usque ad talem lapidem vel foveam* (4): *secundum unam lecturam glossae* (5), *secundum Bart. qui ita notavit in suo tractatu*, de insula in ultima figura, in princ. *et adde, quia dixi, quod res potest esse communis pro diviso, secundum Barthol.* (6), *et ita vult etiam gloss.* in l. hoc quod dictum. § si ex tribus in versic. paries. (7). *Nam dicit Ang. ibi, quod est mirandum de hujusmodi forma loquendi: quia nihil divisum potest esse commune: sed dici potest quod ita reputatur ex quo termini non sunt* (8), *vere tamen non est communis, per rationem Angel.*

XIII. *Secundo principaliter est videndum, qualiter cognoscatur an murus sit communis inter vicinos, vel proprius unius tantum, et dicas quod ex pluribus cognoscitur. Primo ex positione tignorum* (9). *Item per fenestras perforantes totum murum. Nam tunc judicare debemus esse totum illius a cujus parte est illa fenestra sive balconus, quia regulariter non potuisset fieri in muro alieno, nec etiam in communi* (10): *quod procedit nisi vicinus similiter a latere suo haberet alias fenestras penetrantes ab alia parte: quia tunc diceretur esse communis pro indiviso: sicut dixi secundum Bart.* (11), *et probatur per gloss.* (12), *et faciliter intelligi poterit, ex qua parte incipiat esse dicta fenestra respiciendo arcum sive vultum ejus, et lateres quae super eis apponuntur, et etiam veteres, et ita alia judicare vidi.*

XIV. *Item etiam intelligi poterit per peritos in arte* (****), *puta murarios, quibus erit credendum* (13). *Item cognoscitur*

tale parete parla la legge *paries ff. De serv. urb. praed.* Queste sono parole notabili di Bartolo, e vedi anche tutto che scrisse Antonio in proposito (*l*).

XII. Ed arroge che la cosa s' intende divisa in due guise diverse; una, quando non v' ha alcuna parte in cui sia comune, benchè i termini non sieno posti; l' altra quando sieno messi i termini sino ad un sasso o fossa determinata. Ciò secondo una lettura della glossa e giusta Bartolo, che così notò nel suo trattato *dell'isola*, nell'ultima figura, in principio; ed aggiungi aver io detto che la cosa può esser comune divisamente secondo Bartolo, e così volere la glossa. Ma Angelo dice che siffatta maniera di parlare è maravigliosa; dacchè nulla che sia diviso può esser comune. Se non che dire si può che tale si reputa pel motivo che i termini non sono apposti. Nondimeno, secondo Angelo, non può dirsi veramente comune (*m*).

XIII. In secondo luogo precipuamente dobbiamo vedere in qual modo si conosca se il muro sia comune fra' vicini, o proprio di uno soltanto. E tu di' che ciò si conosce per indizii parecchi. Primamente per la posizione delle travi, poi per le finestre che perforano tutto il muro; imperocchè in tal caso dobbiam giudicare esser tutto proprio di colui dalla cui parete sta la finestra o balcone, essendochè di regola, questo non avrebbe potuto farsi nel muro altrui, e neppure nel comune; la qual presunzione ha luogo, tranne il caso in cui il vicino abbia similmente dal lato suo altre finestre penetranti dall' altra parte, perchè allora si direbbe esser comune indivisamente, come già dissi seguendo l'opinione di Bartolo e come è provato dalla glossa; e facilmente si potrà conoscere da qual parte principii la detta finestra, osservando il suo arco o vôlto ed i mattoni posti sovr' essa, e così altre volte vid' io giudicare.

XIV. Del pari si potrà conoscere se il muro sia, o no, comune mediante i periti nell' arte (****), verbigrazia i muratori, ai

(1) *In l. Damni infecti, § cum parietem, in 2. column. de damn. infect.*
(2) *In l. hoc quod dictum, § si ex tribus, de servit. urban. praed.*
(3) *L. inter eos, de acquirendo rer. domin.*
(4) *Ut est text. in l. si quis fundum.*
(5) *De acquirenda possess.*
(6) *In d. § cum parietem.*
(7) *In fin. princ. supra allegat.*
(8) *D. l. inter eos.*
(9) *Ut dixi in praecedenti quaestione.*
(10) *Ut not. in l. quidam Iberus, de servitut. urban. praedior. et dicam etiam infra, de fenestra sive de balcono.*
(11) *Supra de impositione tignorum.*
(12) *In leg. si aedes, communi dividunt.*
(13) *Ut in authent. de non alien. § quod autem dictum est secunda col. et not. gloss. in § praeterea per alluvionem, Instit. de rerum dividend. et habetur in l. 1. in princ. de ventre inap.*

Digitized by Google

etiam per fenestellas quae fiunt saepenumero per magistros ab utraque parte muri, quae non penetrant totum murum: nam illae fenestrae fiunt solum ad significandum, cujus sit murus, et quomodo, et non per aliud, et ideo per signum cognoscitur signatum (1). *Si enim illae fenestrae sunt ab utraque parte ultra medietatem muri a latere cujusque, judicabitur murus communis pro indiviso: sed usque ad dimidiam muri pro diviso. Sed si sunt ab una tantum parte, et perforantur ultra dimidiam vel in totum, et alia signa in contrarium non appareant, judicabitur esse illius, a cujus parte est illa fenestra* (2). *Unde sis cautus, ut quando facias aedificari murum a parte tua, facias fieri illas fenestras penetrantes usque ad medietatem muri. Si vero facias aedificari domum communem, semper fieri facias fenestellas penetrantes usque ad dimidiam muri: et communiter servatur, maxime in civitate Veronae. Item cognosci poterit ex camino sive cuppa aut tuba. Item ex necessario, et ejus onere, distinguendo,* ut supra. *Aut est in medio muri vel citra: et tunc praesumetur murus communis. Aut ultra medium, vel in totum: puta quia camera necessarii est ultra murum a latere vicini: tunc praesumitur esse in totum illius, cujus est necessarium, sive ejus camera, nisi aliud in contrarium appareat: puta quia vicinus haberet tigna vel alia signa in illo muro. Et est ratio: quia caminus et necessarium non possunt fieri regulariter in alieno sive communi:* ut not. Angel. (3), *et dicam infra de camino et necessario. Item cognosci poterit si in pariete sive muro constructum erit seclarium, aquaeductum, vel canale, fistulae, balneum, puteus, cisterna, fons lavellus, quae fiunt et fieri solent in submuris, secundum exigentiam et opportunitatem locorum,*

quali si dovrà prestar fede. Così pure si conosce eziandio mediante le finestrelle che spesse volte si fanno dai maestri nell' una e nell' altra parte del muro, le quali non trapassano il suo spessore; avvegnachè quelle finestre si facciano soltanto per indicare chi sia il padrone del muro ed in qual modo, e non per altro scopo, e però ha qui luogo l'adagio, che per lo segno si conosce il segnato. Quindi se quelle finestre esistono da ambedue le parti oltre la metà del muro dal lato di ciascuno, il muro si giudicherà indivisamente comune; ma se trovinsi fino alla sua metà, si reputerà comune divisamente. Che se sono da una sola parte, e si addentrano fin oltre la metà del muro, o lo perforano interamente, ed altri segni non appariscano in contrario, si stimerà esser di quello, dalla cui parte esistono quelle finestre. Laonde sii cauto, affinchè quando fai fabbricare un muro dal tuo canto, vi faccia fare le dette finestre penetranti sino alla metà di esso. Se poi fai fabbricare una casa comune, vi lascia le finestrelle addentrantisi sino alla metà del muro; ciò è comunemente praticato, specialmente nella città di Verona. — Del pari si può conoscere se il muro sia comune o proprio di un solo, dal cammino, o nappe, o tromba; così pure dal cesso e dal suo peso, distinguendo come sopra: Od il cesso è sito nel mezzo del muro, o pur di qua, ed allora il muro si presume comune. Od è sito oltre la metà o in tutto lo spessore del muro, verbigrazia, perchè la cella del cesso è posta di là del muro dalla parte del vicino; ed allora questo si presume unicamente esser proprio di quello cui appartiene il necessario o la sua cella, se altrimenti non apparisca per altri segni: per esempio, qualora il vicino tenga travi od altri segni in quel muro. E la ragione si è questa: che il cammino ed il cesso di regola non si possono fabbricare nell'altrui o nel comune, come nota Angelo, e come dirò in appresso nelle specie relative. — Così pure si potrà conoscere, osservando se nella parete o muro controverso sian costruiti lo scolatojo, l' acquajuolo ossia canale, i condotti, la stufa, il pozzo, la cisterna, la fontana, il lavatojo, le quali cose si soglion fare ne' muri inferiori, secondo l' esigenza e la opportunità de' luoghi, distinguendo come

Digitized by Google

distinguendo ut supra. De quibus casibus specialiter tractabimus. Item cognosci poterit, si ab utroque latere muri, vel ab uno tantum sunt annuli ferrei lapidibus infixi, in quibus equi ligari solent: et isti annuli appellantur sigilli (1).

XV. *Et ibi Angel. dicit not. quod tales annuli fiunt ad ornatum civitatis, et ideo de eis non possit capi tenuta per extractionem: et de istis annulis seu sigillis fit mentio per text. et Flor.* (2), *ubi dicitur, quod usufructuariù non potest istos annulos de domo in qua habet usumfructum evellere. Item cognosci poterit, si lapides in muro sunt, in quibus sustentantur aliquando vites, seu pergula vineae: sicut in viridariis saepe reperiuntur. Item per lampades ferreas, quae luminaria dicuntur: et in palatia tantum nobilium et dominorum aut potentium ponuntur, in quibus lumen de pice fieri solet. Item per cornua ferrea, in lapidibus domorum fixa, in quibus viscella apponi consueverunt, sicut sunt communiter Bononiae. Item per lapides perforatos, vel per quaedam alia instrumenta ferrea, super quibus perticae ponuntur pro extendendis ad solem vestibus vel linteaminibus. Item per candelabra quae in muris dominorum et nobilium fieri solent.*

XVI. *Item per insignia* (*****) *in muro sculpta vel depicta, quae vulgariter arma appellantur: quia per talia insignia communiter probatur rem esse illius, cujus sunt insignia* (3), *et habetur plene per Barthol.* in suo tractatu, de insigniis et armis. *Item per inscriptionem in muro factam dum dicitur, quoniam hoc opus fecit fieri talis etc.* (4). *Et generaliter per alia signa in muro posita cognosci poterit, et probari, an murus sit proprius vel communis: nam cum non sit licitum quicquam in alieno immittere* (5), *nec in communi, nisi ad usum destinatum* (6), *sequitur, quod si reperiatur aliquid, oportet dicere illum murum aut esse meum in totum: aut esse communem pro indiviso: vel me habere jus servitutis, per ea*

(1) *Text. cum gloss. in l. caetera, § hoc senatus, in fin. de l. 1. vers. sigill.*

(2) *In l. aequissimum, § sed si aedium, de usufruct.*

(3) *Ut l. qui libertatem, § fin.* et ibi Barthol. *et l. fin. ff. de oper. pub.*

cialmente più avanti. Così pure si potrà conoscere, osservando se da ambedue le parti del muro, o da una soltanto, si trovino anelli di ferro infissi nelle pietre, a' quali si costuma legare i cavalli; e questi anelli s' appellan *sigilli*.

XV. Ed Angelo dice (lo che è cosa notabile) che tali anelli si pongono ad ornamento della città, e perciò col cavarli dal muro non si può prender possesso di essi; e di questi anelli o sigilli fanno menzione i testi e Floriano, là dove dice che l' usufruttuario non può svellerli dalla casa che gode in usufrutto. Del pari si potrà conoscere osservando, se nel muro vi sieno pietre alle quali si sospendono talora le viti o le pergole della vigna; come spesso far si vede nei giardini. Così pure si conoscerà mediante quelle lampade di ferro, che s' appellano *lumiere*, le quali si pongono soltanto ne' palazzi de' nobili signori o de' potenti, e nelle quali si suol far lume colla pece. Così pure mediante le corna di ferro infisse ne' muri delle case, alle quali un tempo si soleano attaccare le moscajuole od i panieri, come ordinariamente si vedono in Bologna. Del pari mediante le pietre perforate od alcuni altri strumenti di ferro, sui quali si mettono i pali allo scopo di stendere al sole le vesti e la biancheria. Del pari col mezzo dei candelabri, che i signori ed i nobili sogliono porre ne' loro muri.

XVI. Così pure mediante le insegne (*****) scolpite o dipinte nel muro, che volgarmente si chiamano *armi*; imperocchè per tali insegne comunemente si prova che la cosa è di colui al quale esse appartengono, come si ricava appieno da Bartolo nel suo trattato *Delle insegne e dell' armi*. Così pure per l' iscrizione fatta nel muro, qualora essa esprima che il tale fece fare quell' opra ecc. E generalmente per altri segni posti nel muro si potrà conoscere e provare se il muro sia proprio di un solo o comune; conciossiachè non essendo lecito immettere checchessia nell' altrui o nel comune, se non per un uso designato, ne segue che se si ritrovi alcunchè, convenga dire che quel muro o sia mio interamente, o sia indivisamente comune, oppure ch' io

(4) *Ut probatur in l. qui libertatem, § fin. et l. fin. de ord. pub.*

(5) *L. quemadmod. § si protectum, ad l. Aquil. et l. qui vitem § si ad januam quod vi aut clam.*

(6) *L. Sabinus, commune divid. et l. si aedes, eod. tit. et l. quidam Iberus, de serv. urb. praed.*

Digitized by Google

quae dicta sunt, et praedicta omnia intellige non solum: quando dicta signa reperiuntur in muro infixa, sed etiam si essent extracta, et foramina remansissent nondum clausa seu obscurata (1).

abbia diritto di servitù, per ciò che fu detto. E le predette cose intendi aver luogo non solo quando siffatti segni si trovano infissi nel muro, ma eziandio quando si trovano svelti, e rimangono i fori non ancor chiusi od otturati (*n*).

XVII. *Sed numquid in dubio habens tigna per aliquem de praedictis signis in muro qui est inter ipsum, et vicinum, praesumatur habere jure servitutis vel communionis. In hoc sic concluderem: aut constat, quod paries fuit per vicinum aedificatus in suo: et sic fuit a principio vicini: aut hoc non constat. Primo casu aut ille vicinus habuit pretium per tignorum impositionem: et tunc ex qualitate pretii poterit cognosci an concesserit jure servitutis vel communionis: quia per communionem solvetur majus pretium: puta secundum conditionem et valorem muri: sed pro servitute solvetur quantum potest interesse vicini* (2). *Aut vicinus nullum habuit pretium pro dicta impositione tignorum: et tunc teneo quod illa impositio tignorum praesumatur potius jure servitutis, quam communionis, ubi aliud non appareret: quia patientia vicini potius videtur inducere servitutem* (3). *Et quia si praesumeretur communio, esset donatio dimidiae, quae in dubio non praesumitur* (4). *Nam quando possumus capere aliam conjecturam, quam donationis, illa capienda est* (5). *Secundo casu principali, quando non constat quod paries a principio fuerit vicini, imo nescitur si a principio fuerit communis, vel non: puta quia tigna sunt hinc inde posita, et ejusdem vetustatis sive temporis: et tunc in dubio praesumo, quod quis videatur potius posuisse tigna jure proprio, quam servitutis, etiam si plura sint ab una parte quam ab alia: quia servitus in dubio non praesumitur, nisi probetur imposita* (6).

XVII. Ma nel dubbio colui che per alcuno de' segni suindicati tiene sue travi nel muro posto tra lui ed il vicino, si presumerà tenerle per diritto di servitù o per quello di comunione? In questa parte così conchiuderei: O consta che il muro fu dal vicino fabbricato nel suo, e per tal modo dapprima gli appartenne; o ciò non consta. Nel primo caso, o quel vicino riscosse danaro per la immissione delle travi, ed allora dalla qualità del prezzo si potrà conoscere se l' abbia conceduta per diritto di servitù o di comunione, imperocchè per la comunione si paga un prezzo maggiore, verbigrazia, secondo lo stato ed il valore del muro; ma per la servitù si paga solo quanto può importare al vicino. Od il vicino non ricevette alcun prezzo per la detta immissione delle travi, ed allora ritengo che questa si presuma fatta piuttosto per diritto di servitù che per quello di comunione, qualora altro non apparisca; perchè la pazienza del vicino sembra indur meglio la servitù, e perchè se si presumesse la comunione, vi sarebbe donazione della metà del muro, la quale nel dubbio non si presume; imperocchè quando possiamo valerci di un' altra conghiettura piuttosto che della donazione, quella dobbiamo accettare. — Nel secondo caso principale, allorchè non consta che il muro dapprincipio sia stato del vicino, anzi s' ignora se a principio sia stato, o no, comune; per esempio, perchè le travi son poste egualmente dall'una parte e dall'altra, e mostrano lo stesso tempo od antichità; ed allora io nel dubbio presumo che ciascuno abbia immesse le travi piuttosto per proprio diritto che per quello di servitù, ancorchè sieno in maggior numero da una parte e in minore dall' altra, perchè la servitù non si presume nel dubbio, se non si prova la sua imposizione (*o*).

XVIII. *Quid autem, si sunt alia tigna*

XVIII. E che poi di diritto, se vi sieno

Digitized by Google

vel signa ab una parte tantum, in principio vel in fine muri? an eo casu, quo per illa signa censeretur communis murus vel servitus imposita, intelligatur esse murus communis in totum, vel servitus in toto muro imposita? an vero tantum in parte illa, in qua sunt signa? Istam quaestionem habui de facto, et sic dicebam: Aut ille murus fuit factus diversis temporibus vel per longitudinem vel per altitudinem, scilicet una pars in qua sunt tigna uno tempore, alia pars alio, aut uno et eodem tempore. Primo casu quando diversis temporibus: et tunc quantum ad servitutem, dico quod pro illa tantum parte, in qua sunt tigna, praesumitur servitus imposita: et non alia (1), *imo si esset passus quod imponerentur aliqua tigna, puta tria, alia non posset imponere* (2). *Nec obstat* d. l. si servitus in princip. *ubi dicitur, quod servitus ne luminibus officiatur, simpliciter imposita intelligatur, tam de praesentibus quam de futuris: quia ibi est negativa, quae in totum negat, ut dixi supra* (3). *Nos vero loquimur in affirmativa, quae non extenditur ultra id, in quo concessa est simpliciter, vel specialiter. Sed quantum ad communionem, taliter concludo: aut enim ille murus est factus diverso tempore per longitudinem: et tum idem teneo quod dixi de servitute: quia alius murus est. Aut murus ille est factus diverso tempore, et in altitudinem diverso tempore elevatus: et tunc aut ille murus erat communis pro diviso, et elevatus est pro sua tantum parte et idem, quia alia res est* (4). *Aut est communis pro indiviso, et elevatus est, et tunc teneo quod in totum efficiatur communis: ratio, quia quando aedificatur super muro pro indiviso, et super aedificatum efficitur commune; ut notat Bart.* (5) *et Angel.* (6), *et hoc casu non habebit dubium. Secundo casu principali, quando totus murus est aedificatus uno et eodem tempore, et est unus tantum: et tunc in dubio censetur servitus imposita, quid juris sit, vide quae plene dixi supra,* De servitut. tigni immit-

altre travi o segni da una parte soltanto, nel principio o nel fine del muro? Nel caso che per que' segni si reputasse comune il muro od imposta la servitù, il muro si stimerà tutto in comunione, o la servitù imposta su tutto il muro? o piuttosto in quella parte soltanto, nella quale stanno i segni? Io ho trattato realmente tale questione, e così ragionai: O quel muro fu costrutto in tempi diversi o nella lunghezza o nell' altezza, cioè quella parte in cui stanno le travi in un tempo, un'altra in un altro, o tutto in uno stesso tempo. Nel primo caso, cioè quando fu fatto in diversi tempi, io dico rispetto alla servitù, ch'essa si presume imposta in quella parte soltanto nella quale sono le travi, e non già nell' altra; anzi se il proprietario avesse sofferto che alcune travi fossero immesse, per esempio tre, altre non si potrebbero imporre. Ned osta a ciò la legge *si servitus in princ. ff. De serv. urb. praed.*, ove è detto, che la servitù di non torre la luce s' intende imposta semplicemente sì nel presente che nel futuro, perch' ivi si trova una negativa che nega tutto, come dissi più sopra; noi invece parliamo nell' affermazione, che non si estende oltre a ciò in cui è concessa semplicemente o specialmente. Ma quanto alla comunione, io conchiudo così: O quel muro è fatto in tempi diversi per la sua lunghezza, ed allora ritengo lo stesso che dissi circa la servitù, avvegnachè sia un altro muro. O quel muro è costrutto in diversi tempi, ed in diversi pure elevato per la sua altezza; ed allora, o quel muro era comune divisamente e fu elevato soltanto in una sua parte, e la conseguenza è la stessa, perchè è cosa diversa. Od è comune indivisamente e fu elevato, ed allora ritengo che interamente diventi comune, e la ragione si è questa: che quando si fabbrica sopra un muro indiviso, il sopra-fabbricato diventa comune, come notano Bartolo ed Angelo, ed in questo caso non vi sarà dubbio. — Nel secondo caso principale, quando cioè tutto il muro è fabbricato in uno stesso tempo ed è uno soltanto, ed allora nel dubbio si reputa imposta la ser-

Digitized by Google

aurem hominis tetigit, totum hominem tetigisse videtur (1), *quod nota, quia quotidianum.*

XIX. *Tertio principaliter est videndum, an socius possit in muro communi aedificare. Et primo videamus, an possit ipsum altius tollere: et in hoc distingue: aut murus est communis pro indiviso, aut pro diviso: puta quia unusquisque vicinorum versus se intelligitur habere medietatem parietis sui pro diviso* (2). *Primo casu: quando paries est communis pro diviso: et tunc quia non est proprie communio, ut dixi: quatenus se protendit illa dimidia versus unum, ille poterit altius tollere: et aedificia super imponere: et tigna immittere* (3), *et est ratio: quia tunc non dicitur elevare murum communem, sed proprium: nec super communi aedificare, sed super proprio tantum: quod nemini est probatum* (4), *et ita tenet Angel.* in d. § si ex tribus, *quod dicit esse valde quotidianum: et hoc intelligit verum: ubi paries est ita grossus, quod unusquisque vicinorum aedificare poterit super sua dimidia, non tangendo aliam partem, sed si paries esset ita subtilis, quod istud esset impossibile: scilicet aedificare super dimidia non tangendo aliam partem: quia est paries lignaminis, quo utuntur Bononienses, et Paduani: sed de Paduanis hodie non est verum: quia omnes sunt parietibus affixi: vel si esset paries certorum laterum cum gypso, quo utuntur Tusci, et dicit Angel. quod non vidit, quod ibi possit esse ista communio pro diviso: de qua loquitur* d. § ex tribus, *tum quia partes hujusmodi non possunt ad oculum demonstrari propter subtilitatem parietis, tum etiam quia partes consideratae per se unicuique vicinorum essent inutiles. Secundo casu principali, quando paries est communis pro indiviso et hoc subdistinguitur: aut unus socius vult altius tollere murum communem invito altero vicino, aut invito altero*

presumerò che sia tutto comune, giusta l'adagio, che chi coprì l'orecchio dell'uomo sembra aver coperto tutto l'uomo; lo che nota, perchè è caso quotidiano (*p*)

XIX. In terzo luogo principalmente deesi considerare, se il socio possa fabbricare nel muro comune. E primamente vediamo s'ei possa maggiormente innalzarlo. E in ciò distingui: Od il muro è comune indivisamente o divisamente, per esempio, perchè s'intende che ciascuno de' vicini n'abbia divisamente una metà dalla sua parte. Nel primo caso, quando il muro è comune divisamente, ed allora perchè non è veramente comunione, come dissi, ciascuno dei comproprietarii potrà alzare il muro su tanto spazio, quanta è grossezza della sua metà, ed imporvi edificii, ed immettervi travi; e la ragione si è questa: chè allora non si dice ch'egli innalzi il muro comune, sì il proprio, nè che fabbrichi sopra il muro comune, ma sovra il proprio; lo che a nessuno è negato. Così ritiene Angelo nel § *si ex tribus* della legge *hoc quod ff. De serv. urb. praed.*, il quale afferma esser questo caso quotidiano, ed intende il sopra detto esser vero, quando il muro sia grosso così fattamente che ciascuno dei vicini possa fabbricare sopra la sua metà, non toccando l'altra parte; ma se il muro fosse sottile, ciò non sarebbe possibile, cioè sarebbe impossibile fabbricare sopra una metà non toccando l'altra; per esempio, se fosse muro di legno, del quale fan uso i Bolognesi ed i Padovani (benchè de' Padovani oggidì non si possa dir questo con verità, perchè tutti hanno muri di pietre). oppur fosse un muro formato di certi mattoni con gesso, come si usa nella Toscana; ed Angelo dice che in tali casi non trova ch'esser vi possa la comunione in diviso, della qual parla il detto § *ex tribus*, sì perchè tali metà non possono esser distinte collo sguardo per la sottigliezza della parete, sì ancora perchè considerate in sè stesse riescirebbero inutili a ciascuno de' vicini. Nel secondo caso principale, quando cioè il muro è comune indivisamente, si suddistingua: Od un socio vuol erger più alto il muro comune contro voglia dell'altro vicino, o contro vo-

Digitized by Google

cui servitus altius non tollendi debetur. Primo casu, aut quis altius tollit murum, et super eo aedificat, et quod super aedificatum sit, suum proprium esse non potest, casus est in l. quidam Iberus, de servitut. urban. praed., *ibi, neque parietem quidem suum per parietem communem, secundum unam expositionem gloss. quae exponit, per parietem communem, id est, super parietem communem, et ibi hoc not. Ang.* (1), *Bart. et Dd., et probatur aperte* (2).

XX. *Ubi habetur, quod aedificium super pariete cedit parieti inferiori* (3). *Aut quis vult altius tollere murum communem, et super eo aedificare, ita quod super aedificatum sit commune, sicut prima pars muri inferioris est communis, et tunc potest* (4), *et ita tenuit Barthol., Angel. et Flor.* (5), *quod intelligo, quando paries inferior potest sustinere super aedificatum: alias non* (6). *Item intelligo, quando non noceret socio, et sua interesset, ut probatur* in d. l. quidam Iberus, § parietem et in l. fistulas, in princip. et § 1. et 2. et fin. eod. tit. *quae leges ita intelligi debent,* ut not. gloss. 2 (7), *secus si noceret domino, nec sua interesset, casus est* in d. l. Sabinus, in princ. et in d. l. pariet., de serv. urb. praed., *quae ita debet intelligi* (8), *et ista est veritas et ita servatur in practica. Secundo casu, quando quis vult aedificare altius communem murum, invito alio, cui servitus altius non tollendi debetur. Et in hoc dic: aut servitus fuit imposita per utrumque socium, et altius tolli non potest* (9). *Aut per unum tantum imposita fuit, et tunc aut fuit imposita parieti tantum, et tunc ipse imponens non poterit altius tollere, sed alius sic: quia habetur servitus pro non imposita* (10). *Aut servitus fuit imposita domui per dominum domus, in qua erat murus communis inter*

gia dell' altro al quale è dovuta la servitù di non erger più alto. Nel primo caso, od alcuno erge il muro più alto e fabbrica sopra quello, ed allora ciò che fabbricò sopra non può essere sua proprietà, come è il caso nella legge *quidam Iberus ff. De serv. urb. praed.*, dove è detto *neque parietem suum per parietem communem*, le quali parole *per parietem communem*, secondo una spiegazione della glossa equivalgono a *super parietem commune*; lo che è pur notato da Angelo, da Bartolo e dai Dottori, ed è provato da' testi (*q*).

XX. Da' quali si ricava che l' edificio costrutto sul muro altrui o comune, cede allo stesso. Od alcuno vuol ergere più alto il muro comune e fabbricare sopra quello, così che il sopra-edificato sia comune, come lo era prima il muro inferiore, ed allora il può fare, e questo caso trovasi ne' testi e così ritennero Bartolo, Angelo e Floriano; lo che però intendo procedere, allorquando il muro inferiore possa sostenere l' edificio che sopra vi fu fabbricato. Così pure, allorquando non nuoccia al socio e giovi a lui stesso, com' è provato dalla citata legge *quidam Iberus* § *parietem* e dalla legge *fistulas ff. De serv. urb. praed.*, le quali leggi devono essere intese in questo senso, come nota la glossa; ed altrimenti, allorquando nuocesse al padrone e non giovasse alle cose sue, com'è caso nella legge *Sabinus* e nella legge *pariet. ff. De serv. urban. praed.*, le quali pure in questo modo si devono intendere; e questa è verità; e così s'osserva nella pratica (*r*). Nel secondo caso, cioè allorchè taluno vuol maggiormente innalzare il muro comune, a mal grado dell' altro cui non è dovuta la servitù di non erger più alto, tu dirai: O la servitù fu imposta da ambedue i socii, ed allora non si potrà erger più alto; o da uno soltanto, ed in questo caso, o fu imposta al solo muro, ed allora chi la impose non potrà innalzare maggiormente, ma bensì l' altro, perchè la servitù si riguarda come non imposta. O la servitù fu imposta dal padrone alla sua casa, nella

Digitized by Google

ipsum et alium tertium vicinum, et tunc servitus habetur pro imposita etiam in pariete communi per unum dominum tantum socium in muro: sed dominum insolidum domus, ut est casus valde not. in d. l. hoc quod, d. l. d. § si ex tribus, *secundum Angel. ibi: qui dicit not.*

XXI. *Quod licet parieti communi non possit per unum tantum ex sociis servitus imponi* (1), *tamen ubi non imponitur specialiter parieti, sed domui et unus paries dictae domus est communis cum alio, tunc erit imposita servitus illi et parieti* (2). *Nec est mirum secundum eum: quia cum universitate transit: et sit illud quod alias fieri vel transire non posset* (3), *et hoc casu talis impositio servitutis non nocebit alteri socio, quin possit altius tollere, casus est mirabilis* (4). *Et si dicatur, si est imposita servitus, ergo contra servitutem aedificari non potest, per ea quae habentur* in dict. l. per fund. *Respondeo, quod illud procederet, quando esset servitus specialiter imposita parieti, valeat impositio: sed hic non fuit specialiter imposita parieti, sed principaliter domui proprie, et per quamdam consequentiam ipsi parieti. Unde talis impositio servitutis facta non principaliter, sed in consequentiam, non nocet socio: qui non consentit, et iste est casus mirabilis* (5), *quem perpetuo tene menti: quia per ipsum declaratur* (6).

XXII. *Secundo, numquid socius possit cooperire murum communem? Et dicas breviter, quod sic, si non facit damnum* (******) *vicino* (7).

XXIII. *Tertio, numquid possit tignum immittere, vide text. et gloss. et ibi Dd.* (8) *et quod supra dixi plene* de serv. tigni immittendi in 5. q. *et vide omnino quae dicam infra,* de tigno injuncto.

XXIV. *Quarto, an possit imponere, vel restituere, vel reficere communem parietem? vide* (9) *per Cyn. et Dd.* (10) *et*

quale v' era un muro comune fra lui ed un altro vicino, ed allora la servitù si considera imposta anche ad esso muro dal padrone, ch' è socio soltanto rispetto al muro, ma proprietario non solidale rispetto alla casa; com' è caso molto notabile nella legge *hoc quod* § *si ex tribus ff. De serv. urb. praed.*, secondo Angelo, il quale dice:

XXI. Che, sebbene la servitù non possa essere imposta al muro comune da uno soltanto de' socii, tuttavolta quando non s' imponga specialmente al muro, ma alla casa, ed un muro di questa sia in comunione con un altro, la servitù si riterrà imposta a questo ed a quella. Nè in ciò v' ha nulla di maraviglioso, giusta lo stesso, perchè passa coll'università, ed in tal guisa si fa ciò che altrimenti fare non si potrebbe; ed in questo caso l' imposizione della servitù non nuocerà all'altro socio in modo che non possa erger più alto. E qualora mi si opponga: se fu imposta la servitù, dunque non si potrà fabbricare contro la stessa, per ciò che dice la legge *per fundum ff. De serv. urb. praed.*; io risponderò, che ciò procederebbe allorquando fosse servitù specialmente imposta al muro; ma qui non fu imposta specialmente, sì principalmente alla propria casa, e per una certa conseguenza allo stesso muro. Dond' è che tale imposizione di servitù, fatta non già principalmente, ma conseguentemente, non nuoce al socio che non consente, e questo è un caso mirabile, il quale dèi rammentare in perpetuo, dacchè serve a spiegazione di varii testi (*s*).

XXII. In secondo luogo, può forse il socio coprire il muro comune? Rispondi brevemente che il può, se non arreca danno (******) al vicino (*t*).

XXIII. In terzo luogo potrà immettere travi? Rispondi coi testi all'uopo, colla glossa e co' Dottori, e con quello ch' io dissi nella servitù d' immettere il trave, e totalmente con ciò che dirò poscia circa il trave immesso (*u*).

XXIV. Quarto, potrà egli fabbricare, o rinnovare, o ristaurare il muro comune? Vedi i testi in proposito, e quanto dicono

(1) *Hoc quod, qui fundum.*
(2) Et iste est casus *in d.* § *si ex tribus.*
(3) *Per l. immodicis. de contrahen. empt.*

riete, cum ibi not. de servitut. urban. praed. eum simílib. et per ea quae dixi in praecedenti quaest.
(8) *In l. si communes aedes.* 12. *commun. divi-*

Digitized by Google

per Angel. (1), *et dicam infra*, de refectione.

XXV. *Quinto, an possit facere fenestram in muro communi, vel claudere? vide Dd.* (2), *et de similibus quaestionibus contingentibus murum communem, vide Angel.* in d. l. inter quos, et in l. quidam Iberus, *et dicam infra in diversis rubricis.*

XXVI. *Sed est dubium, quandò quis altius vult tollere murum communem, vel in eo aliquid fabricare, cujus expensis debeat hoc facere, vide per Cyn. et Dd.* in l. si ut proponis, *et quod dicam infra*, de refectione, *ubi hoc examinabo.*

XXVII. *Sed pone, unus socius aedificavit primo super muro communi, ipsum altius tollendo suis expensis: alius postea socius vult iterum reaedificare super dicto muro: vel in eo aliquid fabricare, vel immittere, an teneatur solvere dimidiam illius muri primo elevati per alium socium suis sumptibus. Istam quaestionem saepius vidi de facto, et in ea sic alias concludebam, aut murus erat communis pro diviso aut pro indiviso. Primo casu non potest repetere sumptus: quia laboravit in suo* (3), *et tunc cessaret ista quaestio, quia alius debet altius tollere aliam suam dimidiam tantum* (4). *Si vero super utraque aedificavit: et tunc aut paries erat ita grossus, quod super sua tantum parte potuisset aedificare: et tunc aedificando super, et sic etiam super parte socii divisa diceretur aedificasse in alieno: et per consequens non posset sumptus repetere* (5). *Aut paries non erat ita grossus, quod super dimidiam tantum potuisset aedificari: et tunc dic ut statim dicam, quando murus est communis pro indiviso, et tunc subdistingue: aut ille qui prius aedificavit altius tollendo, facit illud quod erat necessarium in domo vel muro: puta reficiendo sicut prius erat, et teneo, quod*

Cino ed Angelo, e quanto dirò in seguito sulla ristaurazione (*v*).

XXV. Quinto: e potrà egli aprire o chiudere una finestra nel muro comune? Vedi i Dottori ne' testi all'uopo, ed in simili questioni riguardanti il muro comune consulta Angelo sulla legge *inter quos* e sulla legge *quidam Iberus ff. De serv. urb. praed.*, e vedi quello che dirò poscia in diverse rubriche (*x*).

XXVI. Ma è dubbioso, quando alcuno voglia maggiormente innalzare il muro comune, o sovr'esso fabbricar qualche cosa, a spese di chi ciò debba fare? Vedi Cino ed i Dottori sulla legge *si ut proponis*, e ciò che dirò poscia sul restauramento, ove questo punto sarà esaminato (*y*).

XXVII. Ma poni l'esempio che segue: Un socio fabbricò primamente sul muro comune, ergendolo più alto a proprie spese; dipoi un altro socio vuole nuovamente fabbricare sopra il detto muro, od immettere o fare in esso alcuna cosa. Sarà questi tenuto a pagar la metà di quel muro che prima fu innalzato dall'altro socio a sue spese? Io trattai spesse volte così fatta questione ed in essa così conchiudeva: Od il muro è comune divisamente, o lo è indivisamente. Nel primo caso non può il socio ripeter le spese, perchè lavorò nel suo, ed allora cesserebbe la quistione, attesochè l'altro non può levare più alto se non la sua metà solamente. Se poi fabbricò sopra tutte e due le metà, ed allora, o il muro era sì grosso che sulla sua sola porzione avrebbe potuto fabbricare, ed in tal caso fabbricandovi sopra e per tal guisa sopra la porzione divisa del socio, si dirà fabbricare nell'altrui e per conseguenza non potrà ripeter le spese. Od il muro non era sì grosso che egli avesse potuto fabbricare sulla sua sola metà, ed allora di' come subito dirò, qualora il muro sia comune indivisamente; cioè suddistingui: O quegli che primo fabbricò coll'erger più alto fece opra ch'era necessaria alla casa od al muro, verbigrazia, lo ridusse nel pristino

Digitized by Google

litate: quia in eo muro per ipsum elevato imposuit tigna a latere suo, et superaedificavit solarium vel domum, et tunc subdistingue: aut fecit mala fide, quia forte non potuit hoc facere, nisi faciendo scienter damnum alteri socio (1). *Vel non fecit tanquam in re communi, sed facit tanquam in re propria, sciens tamen rem esse communem, et tunc non recuperat expensas* (2). *Aut fecit bona fide, quam in dubio praesumo* (3), *et tunc aut vult repetere sumptus antequam socius superaedificaverit, vel super aedificare velit, vel aliquid in eo immittere: et tunc aut alter socius protestatus est, quod non vult aliquid solvere, et quod non elevet: et tunc nullo modo tenebitur ad sumptus pro dimidia*, argum. l. fin. C. de negot. gest. et l. si pro te mandati, *et ibi dicitur:*

XXVIII. *Quod etiam actio utilis negot. gest. non competit. Aut alter socius non prohibuit, nec protestatus est: et tunc etiam teneo, quod sumptus repetere non possit, actione pro socio, neque actione neg. gest. ex quo opus non erat necessarium, neque murus ad hoc destinatus: nam si murus erat communis pro indiviso, antequam per aliquem altius tolleretur: et unus postea sociorum superaedificaverit; illud superaedificatum commune efficitur eo modo quo prius erat murus communis: quia cedit superaedificatum muro inferiori primo: sicut aedificatum in solo alterius cedit illi solo* (4).

XXIX. *Unde sicut aedificans solo alterius, sumptus non repetit, si scienter aedificavit* (5), *ita etiam superaedificans muro communi scienter, facit superaedificatum commune, nec sibi sumptus refici debent: quia idem juris est de toto quo ad totum, quod de parte quo ad partem: et e contra* (6). *Aut ille qui primo aedifi-*

che a lui solo giovava, verbigrazia, perchè su quel muro da lui innalzato appoggiò travi della sua parte e sopra vi fabbricò il solaio o la casa, ed allora suddistingui: Od operò di mala fede, dacchè per avventura ciò non potè fare se non recando scientemente danno all'altro socio; oppure non operò come doveva nella cosa comune, ma bensì come se la cosa fosse sua propria, sapendo nondimeno ch'ess'era comune, ed allora non ha diritto alle spese. Od operò con buona fede, la quale nel dubbio io presumo; ed allora, o vuole ripeter le spese prima che il socio abbia sopra-edificato, o vuole egli stesso fabbricar sopra, od immettere qualche cosa; ed in tal caso, o l'altro socio ha protestato che non vuol pagare e che non debba innalzare, ed allora per nessun conto sarà tenuto a pagare la metà delle spese. Ciò in virtù della legge finale *Cod. de negot. gest.* e della legge *Si pro te mand.* ove si trova:

XXVIII. Che in questo caso neppure compete l'azione utile di gestione d'affari. O l'altro socio non proibì, nè protestò, ed allora eziandio ritengo che non possa ripetere le spese, nè coll'azione *pro socio*, nè con quella di gestione di affari, pel motivo che l'opera non era necessaria, nè il muro a ciò destinato; imperocchè se il muro era comune indivisamente prima che per alcuno d'essi fosse levato più alto, e poscia uno de' socii vi abbia fabbricato sopra, quel sopra-edificato diventa comune nello stesso modo che lo era innanzi il muro sottoposto; essendochè il sopra-edificato ceda al primo muro sottomesso, come ciò che fu fabbricato nell'altrui suolo cede al medesimo suolo.

XXIX. Per il che, siccome chi fabbrica sul suolo di un altro non può ripeter le spese se fabbricò scientemente, così pure chi scientemente edifica sopra il muro comune rende comune il sopra-edificato; nè gli si debbono rifare le spese, perchè vale lo stesso diritto pel tutto rispetto al tutto, come per la parte rispetto alla parte, e viceversa. O quegli che fabbricò prima suolo

Digitized by Google

majus dubium. Nam videtur, quod non possit sumptus repetere: quia si per primam elevationem murus erat effectus communis: nec socius tenebatur aliquid conferre pro sumptibus: ergo videtur, quod si vult socius altius tollere iterum, vel in prius elevato tigna imponere, quod possit: nec cogitur referre sumptus pro dimidia: quia socius potest in muro communi tigna imponere, etsi per murum sustineri non possit (1). *Et quando iste suus vicinus iterum superaedificaverit, non poterit repetere sumptus suos pro dimidia a primo superaedificante: nec si primus voluerit tertio superaedificare, vel tigna imponere super muro secundo loco levato, cogetur reficere sumptus secundo superaedificanti, et sic res in aequalitate procedit. Veronae tamen vidi servari contrarium, videlicet quod si socius vult aliquid in muro levato per alium socium tigna imponere: vel si vult iterum altius tollere, cogitur solvere expensas pro dimidia, quae fuerunt factae per alium socium, qui prius superaedificavit.*

XXX. *Item alias attestationes, quam plurimorum magistrorum parietum qui super hoc interrogati, ita de consuetudine* (*******) *observari constituerunt, et ita consuetudo potest fundari in hoc: quia quando iste vicinus vult imponere tigna in muro altius per socium elevato vel ipsum iterum altius tollere: tunc dicit negotium suum esse gestum utiliter: ideo forte tenebitur act. neg. gest.* (2). *Item si non esset utile, sufficit quod sit utile nunc, ut praedicta consuetudo procederet de jure: sine dubio, si de facto solvisset, ille qui secundo altius elevavit pro medietate muri prius per alium superaedificati pone exemplum. Murus primo erat communis factus communibus expensis per aliquot pedes: Titius socius elevavit ipsum suis expensis, deinde Sejus alius socius, dum vellet superaedificare, solvit dimidiam sumptuum muri prius per Titium elevati: postremo Titius*

bioso. Conciossiachè sembri che non possa ripetere le spese; perchè se il muro era divenuto comune pel primo innalzamento, ed il socio non era tenuto a conferire alcun che per le spese, pare adunque che se questo socio voglia ergere più alto il detto muro, od immettervi travi, lo possa fare, nè sia costretto a pagare le spese per metà; avvegnachè il socio possa immettere travi nel muro comune, sebbene dallo stesso muro non possano essere sostenute. E quando questo suo vicino avrà di nuovo sopraedificato, non potrà ripetere la metà delle spese fatte dal primo sopra-fabbricante, nè se il primo vorrà ancora sopra-fabbricare o immetter travi nel muro per la seconda volta elevato, potrà esser costretto a rifare le spese al secondo sopra-fabbricante; e così la cosa per eguaglianza procede. Nondimeno in Verona io vidi osservare l'opposto, cioè, che se il socio voglia immettere travi od altro nel muro levato più in alto dall'altro socio, ovvero se voglia di nuovo ergerlo più alto, sia tenuto a pagare per metà le spese che furon fatte dall'altro socio il quale prima sopra-fabbricò.

XXX. Del pari io vidi attestazioni di moltissimi mastri muratori, i quali intorno a ciò interrogati, risposero così per consuetudine (*******) osservarsi. E però la consuetudine può fondarsi in ciò: che quando il detto vicino voglia immettere travi nel muro levato più alto dal socio, oppur voglia alzare ancor più lo stesso muro, in tal caso si dica essere stato maneggiato utilmente il suo affare, e perciò esser forse tenuto coll'azione di gestione di affari. Così pure se non foss'utile in avvenire il negozio, basta che sia presentemente, perchè la predetta consuetudine proceda di diritto; e senza dubbio, qualora colui che in secondo luogo innalzò maggiormente nella sua metà il muro che prima era stato levato più alto dall'altro, avesse realmente pagato. Ecco un esempio. Un muro dapprima era comune, costrutto a comuni spese per alquanti piedi. Il socio Tizio lo levò poscia più alto a sue spese; indi Sejo altro socio, volendo fab-

Digitized by Google

vando, ex quo voluit ut Sejus etiam sibi solveret, quando ipse Titius etiam altius elevavit ut servetur inter eos aequalitas: et ideo dici potest: patere legem, quam tu ipse tuleris (1), *et quod quisque juris in alium statuerit, ipse eodem jure utatur* (2).

XXXI. *Sed posito pro constanti, quod de jure, consuetudine, vel statuto volens secundus murum communem altius tollere, teneatur prius satisfacere pro sumptibus alteri socio, qui prius superaedificavit: quid si non vult altius tollere murum, nisi pro una tantum parte, et murus elevatus est longior? In hac quaestione sic distinguo: Aut ille murus elevatus altius est unus, aut plures. Primo casu, quando unus est murus tantum, videtur, quod non teneatur solvere, nisi pro ea rata muri pro qua ipse aedificavit: quia idem juris est de toto quo ad totum etc.* (3). *Unde si super toto altius levato aedificaverit, deberet solvere dimidiam expensarum totius muri: ita quando superaedificavit in parte ipsius muri, videtur quod pro illa tantum parte solvere debeat* (4). *In contrarium videtur, quod imo teneatur solvere pro dimidia totius muri: quia qui partem muri tetigit, totum murum tetigisse videtur* (5): *et pro ista parte fuit judicatum. Secundo casu quando erant duo vel plures muri contigui tantum: et tunc tenendum est, quod aedificando super uno de dictis elevatis: non cogetur sine dubio solvere, nisi pro dimidia illius tantum muri, super quo aedificatum est: quia separatim debent esse effecti* (6). *Et ita etiam super hoc judicare vidi, et recte, quae omnia perpetuo tene menti, quia sunt utilia.*

XXXII. *Sed quid si reperitur murus altius elevatus, nec apparet qui aedificaverit, et cujus expensis? Et dic, si murus elevatus diverso tempore uni domino servit: qui in eo suum stillicidium vel sola-*

Sejo per elevarlo, dacchè volle che anche Sejo la pagasse a lui quando levò più alto lo stesso muro, e ciò perchè l'eguaglianza sia tra essi osservata. E però si può dire ch'è manifesta la legge che tu stesso hai stabilita, e che quello che alcuno statuì di diritto in un altro, debba per lui stesso valere.

XXXI. Ma posto per fermo che il secondo socio che vuole innalzare ancor più il muro comune, sia, per diritto, per consuetudine o per statuto, obbligato prima a pagare la metà delle spese all'altro socio che innanzi sopraedificò, che sarà di diritto se non voglia innalzare il muro che in una parte soltanto, ed il muro elevato sia più lungo? In tale questione io distinguo così: O quel muro innalzato è uno solo, o più muri. Se è uno soltanto, sembra che non sia tenuto a pagare se non in proporzione del muro che sopraedificò, perchè vale lo stesso diritto pel tutto rispetto al tutto, come per la parte rispetto alla parte. Laonde se avrà fabbricato su tutto il muro innalzato dall'altro, dovrà pagare la metà delle spese di tutto il detto muro; e se avrà fabbricato soltanto sopra una parte dello stesso, sembra che debba pagare per quella sola parte. All'opposto pare che invece sia tenuto a pagare la metà di tutto il muro, perchè chi copre una parte del muro si stima aver coperto tutto il muro, ed in questo modo fu giudicato. Se poi sono due o più muri soltanto contigui, dee ritenersi che fabbricando sopra uno di essi già levati più in alto, indubbiamente non sia obbligato a pagare se non per la metà di quel muro soltanto sul quale egli fabbricò; perchè gli effetti esser deono separati. E di tal guisa ho veduto giudicare eziandio su questo punto, e rettamente; le quali tutte cose ricorda sempre perchè sono utili (z).

XXXII. Ma che sarà di diritto se si ritrova un muro levato più alto, e non apparisca chi l'abbia fabbricato, ned a spese di chi sia stato fabbricato? Rispondi, se il muro innalzato in tempi diversi serve ad un solo

Digitized by Google

tur in dubio per illum et ejus expensis, qui habet in eo tectum vel solarium, et ita vidi in qu. facti testes in arte architecturae peritos deponere: quibus est credendum (1), *et hoc etiam vult Bart.* in l. cum servus, de verbor. obligat. *ubi dicit, quando reperitur aliquod opus, in dubio praesumitur factum ab eo et ejus expensis, ad quem hoc spectat* allegat. l. fin. C. de alimen. pup. *Praeterea ibi dicit esse casum not. et idem tenet Bart.* (2), *et Bald.* (3), *et per Imol. et Canonistas* (4), *et per Dd.* (5). *Idem etiam quando quis esset in possessione muri: quia in dubio judicabitur, quod sit factum per eum vel ejus authores, et suis expensis, ut dicit not. Barthol.* (6), per illum text. *qui non facit pro Angel. quia ibi non possidebatur illud, pro quo erat expensum, sicut hic. Occurrit mihi circa praedicta alia q. quotidiana.*

XXXIII. *Duo vicini habebant areas contiguas, vel hortos contiguos, parietem in medio fecerunt propter clausuram: alter vicinus vult aedificare ex latere suo super pariete communi, quo aedificato sive aedificio facto, deterior videtur fieri area vel hortus convicini? sed tamen ab uno latere remanet aer, sol et ventus liber ad aream vicini: quaeritur an possit? Et primo videtur, quod in pariete communi aedificare non possit, vicino prohibente* (7), *in contrarium videtur l.* (8), *et quia cuique liberum est usque ad coelum tollere* (9). *Solutio hujus q. est: quod in tali pariete communi unus socius altero invito aedificare non possit: quia ad usum aedificandi institutus non est, sed ad usum clausurae* (10), *et ita etiam reperio consultum per D. Raph. Fulg. in quoddam suo consilio, quod incipit, duo vicini habent, quod est valde not. in practica, et per hoc limitantur ea quae dixi supra* in vers. tertio principaliter videndum est.

o solaio, in tal caso dee dirsi che nel dubbio si presume averlo fabbricato a proprie spese colui che sovr'esso ha il tetto o il solaio; ed a questo modo io vidi deporre in una questione di fatto certi testimonii periti in architettura, a' quali si dee prestar fede; e ciò pure è voluto da Bartolo nella legge *cum servus ff. De verb. oblig.*, ove dice che quando si ritrova qualche lavoro, nel dubbio si presume fatto a spese di quello cui appartiene. Oltre a ciò egli dice esservi caso notabile nella legge finale *Cod. De alim. pup.* e nella sua opinione concorrono Baldo, l'Imolese, i Canonisti ed i Dottori. Così pure anche quando alcuno fosse in possesso del muro, perchè nel dubbio si giudicherà che sia stato costrutto da lui o dagli autori suoi, ed a sue spese, come dice lo stesso Bartolo sopra i testi succitati; i quali, secondo Angelo, non fanno all'uopo, perchè in que' casi non si possedeva ciò per cui s'aveva speso, mentre in questo invece lo si possede. Circa le predette cose mi si affacciano altre questioni quotidiane (*aa*).

XXXIII. Due vicini avevano le loro aree od orti contigui, e per chiuderli costruirono un muro nel mezzo. Ora uno di essi vuol fabbricare dalla sua parte sopra il muro comune, mentre apparisce che qualora il faccia, l'area o l'orto del vicino resta deteriorato; ma nondimeno gli rimangono liberi da un lato l'aria, il sole ed il vento. Si dimanda se il possa? E primamente sembra che non possa fabbricare sul muro comune, se il socio glielo proibisca, in virtù di alcuni testi; ed al contrario sembra che il possa in forza di altri testi, e perchè è libero a ciascuno lo innalzare sino al cielo. Lo scioglimento di tale questione è questo: che in così fatto muro comune un socio non può fabbricare contro la volontà dell'altro socio, perchè quello non fu costrutto per lo scopo di fabbricarvi sopra, sibbene pel fine di chiudere; e così ritrovo avere risposto Raffaello Fulgosio in un consiglio che comincia *Duo vicini habent*; lo che è molto notabile nella pratica, e per ciò restano limitate quelle cose ch' io dissi più sopra nel versetto: *In terzo luogo principalmente dee considerarsi* (*bb*).

Digitized by Google

XXXIV. *Quarto et ultimo principaliter esse videndum, an paries qui est in medio, remaneat communis, vendita una ex domibus: sed ejus decisionem collige ex his quae not. Bart.* in l. 1. de serv. legat. *et quae dixi plenius supra* de serv. itineris seu aditus, vers. sed reassume istam q. dic. ut ibi.

XXXIV. In quarto ed ultimo luogo precipuamente si deve osservare se il muro posto fra due case rimanga comune nel caso che una di esse sia venduta; ma la decisione di questo punto dee ritrarsi da ciò che dice Bartolo sulla legge 1 *ff. De serv. leg.* e da quello ch'io esposi più largamente nella servitù del passaggio o dell'accesso (*cc*).

(*) *Murus.* Adde Corn. 2. *volum. consil.* 286. et murus civitatis dicitur res sacra, *d. consil.* et murus seu paries inter binas aedes, an et quando pro diviso vel indiviso communis inter vicinos dicatur, *in* 1. *vol. cons.* 184. *incip. licet.*

(**) *Ager est loc.* Utrum quaelibet petia terrae appelletur ager vel locus, vide Alex. 3. *volum. cons.* 73. *in* 3. *col.* § *fortificantur praedicta.*

(***) *Societ. incidenti et tacit.* Adde Corneum 1. *volum. cons.* 186. et societas est contractus, qui solo consensu contrahitur, *in* 3. *vol. cons.* 252. Et societas per actus sociales unius tantum non intelligitur contracta *in* 4. *vol. consil.* 196. Et societas talis tacite contrahitur, qualem actus sociales demonstrant, *dict. consil.* 196. Et in re communi an aedificari possit invito socio, *in* 2. *volum. consil.* 90. et Alex. *in* 2. *vol. consil.* 18. *in penult. col. per totum.*

(****) *Perite in art.* Ars sive exercitium corporal. extrinsecum: utrum sit licitum. Responde quod sic: si haec concurrant. Primum recta intentio: nam cujus finis bonus est: id est intentio, ipsum quoque bonum est in his, quae de se non sunt mala: finis ergo ultimus qui debet haberi, est Deus, 1. *Corinth.* 10. Omnia quaecumque facitis, aut in verbo aut in opere etc. Item. *ad Ephes.* 4. Operetur manibus suis, ut habeat unde tribuat necessitatem patienti.

(*****) *Insignia.* Utrum possit quis sibi assumere insignia? Respon. Pan. (1) communiter tenetur quod sic, et arma sicut et nomen assumitur ad placitum, ut agnoscatur ab alio (2). Et utrum quis possit assumere insignia dignitatis. Respon. quod non, scilicet, si non habet illam dignitatem, alias est falsarius (3).

(******) *Damnum.* Et qui causam damni dat, damnum dedisse videtur, vide Corn. *in* 3. *volum. consil.* 83. *incip. quamvis, et in* 4. *volum. consil.* 33. *et consil.* 282.

(*******) *Consuet.* Quomodo interrumpitur consuetudo? Respon. Pan. (4), quod si est completa et perfecta, requiritur tempus decem annor. Et sic intelligit Joann. Andr. ibidem: alias non frangitur etiam per plures alios contrarios actus. Si vero non est completa, sufficit unus actus contrarius, ita quod de novo oportet quod incipiatur (5), ubi habet locum consuetud. Respon. quod in illis locis ubi viguit (6). Et

(*) *Muro.* Aggiungi Corneo *vol.* 2, *cons.* 286; ed il muro della città si dice cosa sacra, *d. cons.* ed il muro o parete fra due case quando si dica indivisamente comune fra i vicini, *vol.* 1, *cons.* 184 *che comincia* licet.

(**) *Podere.* Se alcuni pezzi di terreno si chiamino podere o luogo. Vedi Alessandro *vol.* 3, *cons.* 73, *col.* 3, § *fortificantur.*

(***) *Società tacita ed accidentale.* Aggiungi Corneo *vol.* 1, *cons.* 186; e che la società è un contratto che si stringe col solo consenso, *col.* 3, *cons.* 252. E che la società non si reputa contratta in virtù degli atti sociali di un solo, *vol.* 4, *con.* 196. E che la società così tacitamente si contrae, come gli atti sociali li dimostrano, *d. cons.* 196. E se nella cosa comune si possa fabbricare a mal grado dell'altro socio, *vol.* 2, *cons.* 90, ed Alessandro *vol.* 2, *cons.* 18, *col. pen. intera.*

(****) *Periti nell'arte.* L'arte, od esercizio estrinseco del corpo è forse lecito? Rispondi che sì, qualora concorrano i requisiti seguenti. Primo, la retta intenzione; imperocchè quando è buono il fine o l'intenzione di alcuno, è buono altresì tutto ciò ch'egli fa, che per sè non è male. Dunque il fine ultimo che si dee avere, è Dio. 1 *Corint.* 10. Tutte quelle cose che fate o parlando od operando ec. *Ad Eph.*

(*****) *Insegne.* Se taluno possa assumere proprie insegne? Rispondi col Palermitano ritenersi comunemente che sì; e l'armi, siccome il nome, si assumono per volontà, onde distinguersi dagli altri. E se alcuno possa assumere le insegne di una dignità? Rispondi che no, cioè qualora non abbia quella dignità; altrimenti è un falsario.

(******) *Danno.* Chi dà causa al danno si reputa averlo inferito. Vedi Corneo *vol.* 3, *cons.* 83, *e volume* 4, *cons.* 33 *e cons.* 282.

(*******) *Consuetudine.* In qual modo s'interrompe la consuetudine? Rispondi col Palermitano: che se è compiuta e perfetta, abbisognano dieci anni. E così l'intende Giovanni Andrea: altrimenti non si rompe, neppure per più altri atti contrarii. Se poi non è completa, basta un solo atto contrario, così che occorre che di nuovo principii. E dove ha luogo la consuetudine? Rispondi: in quei paesi ove vi-

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO XL.

(*a*) Muro e parete significano lo stesso. Ma sovente per parete s' intende un muro sottile e per muro quello ch' è grosso.

Il muro senza calce o cemento chiamasi, piuttosto che maceria, muro *a secco*.

Più propriamente per maceria parlandosi di muro s' intende un muro in isfasciume ossia rovinato.

(*b*) Se alcuno vuol fabbricare sul proprio lungo la regione ossia lungo il confine del predio urbano o rustico altrui, non è pel Codice austriaco obbligato a lasciare spazio o distanza.

Pel Codice Napoleone veggasi quello che ho detto nelle annotazioni *h* al Capo XXVIII, *a* al Capo XXXIII ed *f* al Capo XXXIX.

(*c*) Sullo spazio o distanza nel caso dello stillicidio mi riferisco a ciò che ho detto nella suddetta annotazione *h* al Capo XXVIII.

(*d*) Il Codice austriaco, come più volte ho detto, non prescrive distanze per chi vuole edificare o piantare.

Dunque non le prescrive nemmeno se il muro da costruirsi sia di legno.

Il Codice Napoleone non prescrive distanze se non per le costruzioni enumerate nel suo art. 674.

Nell' art. 671 le prescrive pegli alberi e per le siepi vive, non per le siepi *morte*.

Se ora si equipara il muro di legno ad una siepe morta può essere costruito senza lasciare distanze.

Se si considera come una costruzione, può essere eretto senza osservare distanze quando non facesse come non fa d' ordinario parte delle costruzioni enumerate nell' articolo 674.

Quando ho parlato qui di distanze, ho parlato di quelle in larghezza e non in altezza.

(*e*) Uno spazio abbandonato a chi spetta?

Spetta a chi lo ha abbandonato ovvero ad altri?

Non parlo qui dello spazio che fu lasciato fra mezzo i fondi di due vicini, che li divide, che li separa. Di questo parlerò nelle annotazioni *h*, *i* del presente Capo.

Parlo di altro spazio, non divisorio di predii vicini.

Pel § 388 del Codice austriaco in dubbio non si presume che alcuno rinunciar voglia alla sua proprietà.

Dunque il semplice fatto dell' abbandono di quello spazio che mi appartenga non ne attribuisce ancora ad altri la proprietà.

L' attribuirebbe ad essi quando l' avessero acquistata per usucapione ovvero quando avessi fatto conoscere espressamente o tacitamente la volontà di abbandonarla ad essi.

Lo stesso sembrami che dovesse dirsi anche pel Codice Napoleone.

Ma a chi spetterà quello spazio da me abbandonato quando abbia fatto conoscere bensì la volontà di non volerlo aver più come mio, ma non ne abbia abbandonato la proprietà a qualche persona privata, che d'altronde non potesse farne pretensione per averla usucapita?

Per l' art. 539 del Codice Napoleone spetterà allo Stato.

E parmi allo Stato anche pel Codice austriaco.

Infatti pel § 286 di quest' ultimo Codice tutte le cose esistenti nel territorio dello Stato sono o beni dello Stato o beni privati.

Veramente non vi hanno cose *nullius*.

Quello spazio non è più bene privato, perchè, come ho detto, ne ho abbandonato la proprietà senza che altra persona privata possa ad essa far pretensione.

Dunque non può essere altro che un bene dello Stato.

Digitized by Google

Ciò non toglie però che lo Stato divenutone proprietario, non volendo riservarsene la proprietà, non possa ad altri concederla.

Ma è necessaria quella sua concessione.

Senza essa, nessuno potrebbe pretendere di acquistare la suddetta proprietà per occupazione.

Non pei §§ 287, 381 perchè almeno pel Regno lombardo veneto non conosco legge che qualificasse occupabili liberamente da ogni cittadino i terreni abbandonati con animo di non volerli più come proprii.

Non pel § 386, perchè per esso si acquista per occupazione da qualunque membro dello Stato la proprietà delle sole cose mobili, non delle immobili abbandonate dal proprietario con animo di non volerle più per sue.

Nemmeno pel § 387.

In primo luogo questo § non determina che i beni immobili abbandonati, come sopra ho detto, sieno senz' altro del primo membro dello Stato che gli abbia occupati.

In secondo luogo, esprimendo esso che le leggi politiche determinano in quanto possano avocarsi allo Stato fondi lasciati affatto senza coltura ed edifizii a motivo di trascurata riparazione, fa presentire che gl' immobili abbandonati cader deggiano piuttosto in proprietà dello Stato, anzichè divenire proprietà del primo membro di esso che gli abbia occupati.

In terzo luogo anche le leggi politiche alle quali quel § si riferisce e che hanno vigore, se non nel Regno lombardo veneto, in altre provincie della nostra monarchia, escludono, a quel che mi sembra, che la proprietà dei terreni lasciati affatto senza coltura e degli edifizii la riparazione dei quali fu trascurata possa liberamente occuparsi da tutti i cittadini; escludono dunque la massima che i terreni abbandonati sieno del primo membro dello Stato che gli abbia occupati.

Quelle leggi politiche stanno pei terreni nella Patente 17 aprile 1784, e pegli edifizii nell'aulico Decreto 1.° luglio dello stesso anno.

La suddetta Patente divise i terreni dei quali ha parlato in tre classi:

1.° terreni denunziati prima del 1750 come deserti (abbandonati) e che trovavansi ancora senza coltura;

2.° terreni che per mancanza di possessore divennero deserti dopo quella epoca;

3.° terreni che, pur avendo possessore, vengono da esso lasciati senza coltura.

I terreni della prima e della seconda classe divennero proprietà gratuita, libera ed ereditabile di chiunque si fosse insinuato onde ottenerli.

Lo divennero a condizione che chi gli ottenesse li rendesse coltivati entro un anno, oppure ne perdesse quella proprietà.

Alle Signorie fondiarie venne data preferenza di ottenere la suddetta proprietà in confronto ad ogni altra parte privata che si offrisse di coltivarli, quando però dichiarassero entro tre mesi, se e quali di quei terreni deserti volessero coltivare ed a condizione di averli effettivamente resi colti entro un anno sotto comminatoria, in caso diverso, di perderli.

Lo Stato dunque concedette la proprietà dei terreni delle suddette due classi perchè fossero ridotti a coltura, o a privati o a Signorie che ne avessero fatto domanda assoggettandosi a quelle condizioni.

Ora lo Stato ciò facendo, operò o per conto proprio o per conto del proprietario che abbandonato avea quei terreni.

Se operò per conto proprio, ciò vorrebbe dire che la proprietà di quei terreni sarebbe in lui ricaduta, e che qual proprietario l' avrebbe trasfusa o alle Signorie od ai privati che ad esso l' avessero ricercata assoggettandosi alle prescritte condizioni.

Se operò per conto del proprietario che abbandonato avea quei terreni, lo avrebbe forzatamente privato della proprietà sua e l' avrebbe trasfusa in altri proprietarii che la ricercarono e che si assoggettarono alle condizioni imposte dalla legge.

E nell' uno e nell' altro caso, se vi dovette essere trasfusione della proprietà di quei terreni per parte dello Stato, essi dunque non erano liberamente occupabili da tutt' i cittadini, nè furono veramente dichiarati proprietà del primo occupante.

Pei terreni poi della terza classe, il possessore che gli abbia lasciati senza coltura deve per tre anni essere ammonito di tale negligenza dalla sua superiorità fondiaria.

Spirato inutilmente il terzo anno, deve essere privato da essa della loro proprietà dopo datone avviso all' uffizio del Circolo.

Digitized by Google

E quella Superiorità gli aliena ad altri per conto del possessore spogliato.

Anche qui il nuovo proprietario ne acquista la proprietà per alienazione, non per occupazione.

Finalmente, l'aulico Decreto 1.° luglio 1784 stabilì che case rovinose nelle città, non ristaurate, anzi trascurate dai proprietarii, debbano essere stimate e vendute all'asta al migliore offerente a condizione di ridurle in istato buono e non pericoloso.

Il nuovo proprietario ne acquista dunque la proprietà all'asta pubblica e non per occupazione.

Per tutti questi motivi credo di poter ripetere ciò che ho detto a principio, cioè che specialmente nel Regno lombardo veneto immobili abbandonati dal proprietario con animo di non averli più per proprii divengono proprietà dello Stato e non sono liberamente occupabili da tutt' i cittadini.

Per conseguenza dividere non posso la opinione del professore di Stubenrauch, il quale nel suo recente commento al Codice civile, §§ 386-388 (Volume I, pagina 762 Vienna, Manz 1854) riterrebbe che quegl' immobili diventassero cose di nessuno, da ognuno liberamente occupabili.

In quanto alle eredità vacanti in ispecie veggansi il § 760 di quel Codice, la notificazione del Governo di Venezia del 14 agosto 1835 n. 27702 ed il § 130 della nuova legge sulla processura giudiziaria pegli affari non contenziosi pubblicata colla Patente imperiale del 9 agosto 1854.

E veggasi pure il suddetto art. 539 del Codice Napoleone.

Non considererei poi come abbandonati e vacanti i beni immobili dei quali uno fosse stato privato per oggetto di pubblica utilità secondo il § 365 del Codice austriaco, l'articolo 545 del Codice Napoleone, e la legge italiana 20 novembre 1813 sulle bonificazioni dei terreni paludosi.

Questi non sono beni abbandonati, ma forzatamente espropriati.

(*f*) Il proprietario di un muro può aprire in esso una porta per la quale possa accedere al suolo che sta fra quel muro ed altro muro od il suolo del vicino?

O il suòlo frapposto è sua proprietà, ed allora può aprire nel proprio muro una porta ed accedere al suolo stesso.

Può aprirla ed accedervi, tanto se su questo suolo faccia quanto se non faccia cadere il suo stillicidio.

Infatti opera sul proprio e non sull' altrui.

O invece il suolo frapposto è proprietà altrui ed egli vi fa cadere il proprio stillicidio a titolo di servitù, ed allora può aprire nel proprio muro una porta onde accedervi, quando gli sia necessario di farlo o per esercitare quella servitù o per essere obbligato, secondo quello che ho detto nell'annotazione *c* al Capo XXIII, alle opere occorrenti onde usarne e conservarla.

O quel suolo è d'altri, ed egli nè vi fa cadere il proprio stillicidio a titolo di servitù, nè ha in altro modo diritto di accedervi, ed allora credo che veramente pel Codice austriaco non possa essergli impedito di aprire nel proprio muro quella porta, quando però facendolo non tocchi la proprietà altrui.

Aprendola infatti del tutto sul proprio, esercita il suo diritto di proprietà secondo i §§ 354, 362, 363, 364.

Ma gli sarebbe proibito l' accesso per essa al suolo altrui.

Quindi dovrebbe tenerla perfettamente chiusa per la stessa ragione giuridica per la quale, secondo il § 488, chi non ha diritto di prospetto dee munire la finestra d'inferriata e chi ha diritto di finestra ha l' obbligo di tenerne difesa l' apertura.

Per l' art. 552 del Codice Napoleone poi, sembrami che in generale potrebbe dirsi lo stesso.

Ma in particolare se volesse aprirla per dar luce al proprio pianterreno non potrebbe aprirla a livello del suolo, ma alla distanza da esso, prescritta all' art. 677.

Ed aprendola a quella distanza non sarebbe porta che potesse dare accesso al fondo altrui, ma veramente finestra.

Non avendo poi diritto a quell' accesso dovrebbe tenerla perfettamente chiusa, se anche la intitolasse porta a prospetto e l' avesse aperta alle distanze prescritte dagli articoli 678-680.

Digitized by Google

(*g*) Chi fabbrica un muro od una casa presso la casa del vicino lo stillicidio della quale cade sul suolo interposto, non è obbligato nè a selciare quel suolo nè a condurvi fuori l' acqua onde essa non rechi danno a quel vicino.

Infatti o quel suolo è del vicino, ed il suo stillicidio vi cade a titolo di proprietà ed egli come proprietario dovrà fare l' una cosa e l' altra se vuole salvarsi da danni.

O quel suolo è di colui che fabbricò il muro o la casa, e lo stillicidio del vicino vi cade a titolo di servitù, ed allora avendo il vicino diritto di servitù deve in generale, per quello che ho detto nell' annotazione *c* al Capo XXIII, far l'una cosa e l' altra ove voglia evitare a sè stesso quel danno.

Ma se sul suolo interposto lo stillicidio cadesse non dalla casa del vicino ma dal muro o dalla casa fabbricata dall' altro vicino, allora questi sarebbe tenuto a fare e l' una e l' altra di quelle cose o come proprietario del suolo, o se il suolo non è suo, come avente il diritto di stillicidio.

(*h*) Fra il mio muro o la mia casa, e l' area od orto del vicino fu lasciato uno spazio vuoto che divide, che separa quei nostri predii e che non ispetta a terzi.

Non si sa chi di noi due l' abbia lasciato e per conseguenza a chi spetti.

A chi di noi due nel dubbio si presumerà spettare?

Nel caso in cui su quello spazio cada lo stillicidio del mio muro o della mia casa ho trattato la quistione nell' annotazione *k* al Capo XXVIII.

Nel caso in cui non vi cada stillicidio, quello spazio di separazione sarà pel § 854 del Codice austriaco presunto comune fra noi fino a che il contrario non sia dimostrato coi mezzi di prova da quel § additati.

Si presumerà comune fra noi anche pel Codice Napoleone quando non vi abbia titolo o segno contrario.

Se non vi ha quel titolo o segno contrario si presumono per quest'ultimo Codice comuni il muro divisorio per l' art. 653, e la siepe pur divisoria per l' art. 670.

Perchè in condizioni eguali non dovrà dirsi lo stesso anche di quello spazio?

(*i*) Lo stesso dovrebbe dirsi nel caso consimile che il suddetto spazio vuoto fosse stato lasciato fra il mio muro o la mia casa ed il muro o la casa del vicino.

Se su quello spazio non cadesse stillicidio, esso si presumerà comune fino a prova contraria.

Se vi cadesse soltanto il mio stillicidio, ovvero soltanto quello del mio vicino, parmi che la quistione dovesse risolversi secondo ciò che ho detto nell' annotazione *k* al suddetto Capo XXVIII.

E se vi cadessero ambedue i nostri stillicidii, allora vi cadano essi a titolo di proprietà o a titolo di servitù, non potrei ritener altro se non che quello spazio dovesse fino a prova contraria presumersi comune.

(*k*) La quistione a chi spetti il muro fabbricato sul muro altrui sarà da me esaminata nell'annotazione *r* al presente Capo.

(*l*) Quale dicesi muro comune?

Pei §§ 361, 825 del Codice austriaco quello che tuttora indiviso, indivisamente, appartiene al tempo stesso a due o più persone.

E per l'art. 655 del Codice Napoleone quello al quale due o più persone hanno al tempo stesso diritto, naturalmente senza ch' esista divisione.

Vi hanno poi due specie di muro comune, il non divisorio cioè ed il divisorio.

P. e. Una casa è comune a me e ad altro proprietario.

Ne sono comuni anche i muri che la compongono, perchè fanno parte di quella nostra casa comune, sebbene non dividano due rispettive nostre proprietà. Ecco il muro comune non divisorio.

Il muro comune divisorio invece è quello che, secondo il § 854 del Codice austriaco, separa e che, secondo l'art. 653 del Codice Napoleone, divide fondi vicini di diversi proprietarii.

La comunione di un muro porterà poi l' effetto che la proprietà di tutto esso spetti in solido ad ognuno dei comproprietarii, ossia che ognuno di essi sia proprietario dell' intiero muro?

Digitized by Google

No, per la massima portata anche dal frammento 5 § 15 del libro 13 titolo 6 del Digesto che *duorum in solidum dominium vel possessio esse non potest.*

Infatti per sua natura la proprietà è un diritto del tutto esclusivo.

Quello che per intiero è proprietà di uno non può essere nel tempo stesso pure per intiero proprietà di un altro.

La suddetta comunione di un muro non può portare altro effetto se non quello che tutto esso sia comproprietà di due o più persone in modo che ognuno dei comproprietarii ne abbia una parte ideale.

Questa parte ideale può esser poi determinatamente assegnata ad ognuno dei comproprietarii.

Lo prova specialmente il § 361 del Codice austriaco dicendo, che se a ciascuno dei comproprietarii di una cosa comune n' è assegnata una parte determinata benchè non separata, ognun di essi ha la proprietà piena sulla porzione che gli spetta.

Per inverso poi quella parte ideale può essere anche non determinatamente assegnata.

Infatti una cosa può essere a due o tre persone comune, senza che sia stabilito che ad ognuna di esse ne spetti una metà, un terzo ec. in massima.

Ma anche in questo caso ognuna di quelle persone ne ha la propria parte ideale.

Tanto è ciò vero, che specialmente il § 839 del Codice austriaco prescrive che in dubbio, cioè quando non si sappia qual sia la determinata porzione ideale spettante ad ogni consorte di una cosa comune, le porzioni o quote si suppongono eguali, salvo prova contraria.

E se quelle porzioni ideali si suppongono eguali, dunque esistono, perchè se non esistessero non potrebbero supporsi nè eguali nè disuguali.

Quando si dice poi muro comune s' intende indiviso. Se è diviso non è più comune.

Quindi non posso adottare la distinzione del nostro autore di muro comune indivisamente e divisamente, nè le conseguenze ch' egli trae da quella distinzione.

E ciò perchè, secondo le mie idee, muro comune ed indiviso significa la stessa cosa, e muro comune ad un tempo e diviso sono cose contraddittorie.

(m) Per lo contrario, un muro è diviso quando ad ognuna di due o più persone ne spetta una porzione determinata e fisicamente separata dall' altra porzione o porzioni.

Allora ognuna di quelle persone è sola ed esclusiva proprietaria della propria porzione non intellettuale ma fisica e separata dalle altre.

E non cessa di essere tale perchè non furono posti i confini fra una ed altra di quelle porzioni.

Che sieno o non sieno posti è cosa che non dà nè toglie la divisione.

I confini non offrono altro che la prova che la divisione è seguita. Ma non sono la stessa divisione.

Questa divisione della cosa comune non dee poi confondersi colla divisione della proprietà in diretta ed utile.

(n) Qui l' autore domanda in qual modo si conosca se un muro sia comune fra vicini o sia proprio di uno di essi soltanto.

Parlando di muro tra vicini parmi che parli del muro che divide, che separa i loro predii, quindi del divisorio ossia di quello del quale parlano il § 854 del Codice austriaco e l' art. 653 del Codice Napoleone.

Rispondo alla domanda secondo ambedue questi Codici.

Per l' art. 653 del Codice Napoleone il muro divisorio in esso indicato si presume comune fra i vicini se non vi abbia titolo o segno in contrario.

Questa presunzione è legale secondo l' art. 1350.

Dunque dispensa dall' obbligo della prova chi pretende comune il suddetto muro.

Addossa a chi lo pretende esclusivamente suo l' obbligo di provare quella sua esclusiva proprietà contro la presunzione della comunione.

Chi lo pretende esclusivamente suo può farne la prova o mediante titoli o per segni.

I segni poi che provano in suo favore non essere il muro comune sono stabiliti dall' art. 654.

Parmi che ivi sieno stabiliti tassativamente e non in via di dimostrazione, e pei muri divisorii costruiti dopo l' attivazione del Codice Napoleone.

Digitized by Google

Il § 854 poi del Codice austriaco considera proprietà comune il muro ch' esiste tra predii vicini, e che gli separa.

Dunque il muro divisorio come rilevasi anche dal complesso dei §§ 855, 856, 857.

Lo presume dunque legalmente comune tra i proprietarii di quei predii vicini.

Questa presunzione legale esime pel § 161 del regolamento giudiziario dall' obbligo della prova il vicino che lo pretende comune.

Addossa l' obbligo della prova della esclusiva proprietà di esso a chi lo pretende non comune ma esclusivamente suo.

I mezzi poi di questa prova sono indicati nei §§ 854, 857.

Questi mezzi non sono ivi tassativamente ma solo per modo di dimostrazione indicati.

Ciò risulta dai suddetti §§ che accennando alcune prove della proprietà non comune del muro divisorio ammettono pure altri contrassegni, altre prove, altri mezzi di prova.

Questi altri mezzi di prova possono essere in generale tutti quelli ammessi dal regolamento del processo civile.

Potrebbero essere in particolare anche quelli che il § 852 ha adottato pel caso in cui debbano essere ristabiliti i confini.

Mi sembra poi che queste prove di esclusiva proprietà da parte di un vicino ammettano controprove da parte dell' altro che pur pretendesse comune il muro divisorio o che lo pretendesse invece esclusivamente suo.

La presunzione legale della comunione del muro divisorio fu ammessa secondo il § 854 del Codice austriaco in mancanza di prove in contrario dai motivi della sentenza d' appello confermata in revisione portati dall'*Eco dei Tribunali*, Sezione seconda anno 1854 a pagine 259.

Fin qui ho notato presumersi legalmente e fino a prova contraria comune il muro divisorio tra vicini.

Non si presume però nello stesso modo comune il muro non divisorio.

Nè il Codice Napoleone, nè l'austriaco ammettono per questo muro quella presunzione.

Ha luogo dunque la regola generale che chi adduce in giudizio un fatto ha l'obbligo di provarlo.

La comunione poi di un muro non divisorio, qualunque ne sia il fondamento, è un fatto.

Dunque da chi la sostiene contro chi apparisce proprietario esclusivo di quel muro, dev' essere provata.

(*o*) Come ho detto nella precedente annotazione il muro che divide, che separa predii vicini è per legge presunto comune fino a che non sia provato il contrario.

Non sarà quindi comune solo quando nei modi che ivi pure ho indicato sia provato non essere tale.

Quindi se fino a che quel muro si presume comune, uno dei vicini tiene in esso di quelle travi delle quali parla il § 475 n. 2 del Codice austriaco, e che vi furono immesse dal di fuori, egli in regola non le terrà se non per diritto di comunione se anche in sè portassero quei segni ch' esistendo nel muro farebbero considerar questo non comune.

Infatti i segni della proprietà non comune del muro deggiono esistere su esso e non su quelle travi che, come ho detto, vi furono immesse dal di fuori e che uno dei vicini vi tiene.

Quei segni sulle travi proveranno ch' esse sono proprietà esclusiva di chi le tiene nel muro comune, ma non che sia sua proprietà esclusiva lo stesso muro.

Ho detto che il vicino in questo caso terrà quelle travi nel muro in regola per diritto di comunione.

Le terrebbe invece per diritto di servitù quando fosse provato aver egli a favore di

Digitized by Google

Egli tenendo in quel muro le travi avrebbe a favor suo il possesso di tenerle.

Quindi avrebbe a favor suo la presunzione legale di tenervele per titolo valido, ossia atto a dargli diritto di tenerle. Ossia si presumerebbe che avesse diritto di tenerle.

Ora non le terrebbe per diritto di proprietà perchè il muro non sarebbe suo, ma dell' altro vicino.

Ed essendo il muro dell'altro vicino, si presumerebbe che le tenesse per diritto di servitù.

Se finalmente fosse provato essere il muro divisorio proprietà esclusiva di chi vi tiene quelle travi, egli le terrebbe pel diritto di quella sua proprietà.

(p) Ma come andrà in diritto la cosa quando su un muro divisorio, i segni che secondo i §§ 854, 857 del Codice austriaco e secondo l' art. 654 del Codice Napoleone provano la non esistenza della comunione e la proprietà esclusiva di uno dei vicini, esistano non su tutto quel muro ma su una parte soltanto come a principio, o a mezzo, o nel fine di esso?

Ecco su ciò la qualunque siasi mia opinione.

Quei segni offrono la prova della proprietà esclusiva di uno dei vicini.

Ov' esistono, quella esclusiva sua proprietà è provata.

Ove non esistono, regge la presunzione legale della comunione.

O esistono su tutto il muro, ed allora tutto sarà considerato proprietà esclusiva del vicino a favore del quale fanno testimonianza.

O esistono su una porzione soltanto del muro, ed allora sarà proprietà esclusiva del vicino, a favore del quale parlano, la sola porzione del muro sulla quale esistono.

A far più evidente la cosa prendo ad esempio i segni che per l' art. 654 del Codice Napoleone provano che un muro divisorio non è comune, ma è proprietà esclusiva di un solo dei vicini.

Se la sommità di un muro da una parte è diritta ed a piombo della sua fronte esteriore, e dall' altra parte rappresenta un piano inclinato per tutto il muro, allora tutto sarà ritenuto proprietà esclusiva di quello fra i due vicini dalla parte del quale esiste il piano inclinato.

Infatti, quel piano inclinato del muro porta l' effetto che le acque da esso scolanti cadano tutte sul fondo dalla cui parte trovasi la inclinazione.

Ora non è verisimile che il vicino, il quale sta da questa parte, abbia acconsentito a ricevere solo sul proprio fondo le acque che scolano da muro comune.

E se solo le riceve, ciò mostra che quel muro non è comune ma è esclusivamente suo.

Per le stesse ragioni, se quel piano inclinato esiste per una sola porzione del muro, ciò mostra che questa sola porzione non è comune ed è proprietà esclusiva di quello fra i due vicini dal lato del quale trovasi il piano suddetto.

Così se lo sporto del tetto od i cornicioni di pietra apposti al tempo della costruzione del muro divisorio stanno da una parte sola per tutto il muro, questo si considererà tutto non comune ma di proprietà esclusiva del vicino dalla cui parte stanno e che riceve sul suo fondo tutta l' acqua che scola da essi.

Ed invece se stanno su una sola porzione del muro, questa sola porzione sarà considerata proprietà esclusiva del vicino dalla cui parte stanno.

Così pure se quello sporto e quei cornicioni esistono alla sommità del muro, esso da quella sommità fino al suolo sarà proprietà esclusiva del vicino dalla cui parte sono situati.

E se stessero alla metà dell' altezza del muro, proverebbero essere esso proprietà esclusiva di quel vicino dalla metà all' ingiù.

Per l' altra metà all' insù reggerebbe la presunzione legale della comunione del muro divisorio.

Altrimenti non si saprebbe spiegare il perchè si trovassero piuttosto alla metà che

Digitized by Google

Se il sono invece alla metà del muro, dalla metà all' ingiù esso sarà proprietà esclusiva del suddetto vicino.

Dalla metà all' insù il muro si presumerà proprietà comune.

Avverto però che, specialmente per le mensole, a provare con esse la proprietà esclusiva di un muro divisorio ne dovrebb' esistere più d' una.

Così pure lo sporto del tetto, i cornicioni, le mensole dovrebbero esistere dal tempo della costruzione del muro, perchè formare potessero la prova della proprietà esclusiva di esso a favore del vicino dalla cui parte stanno.

Od almeno dovrebb' essere provato starvi per tutto il tempo della prescrizione.

Altrimenti quei segni potrebbero essere stati costruiti o posti di recente o dopo quel tempo per fatto proprio del vicino che volesse col mezzo di essi crearsi la prova della esclusiva proprietà del muro.

Provato, che fossero stati così posti o costruiti di recente o dopo quel tempo, parmi che valer non potessero a distruggere la presunzione legale della comunione del muro divisorio.

Ma i segni provanti la esclusiva proprietà del suddetto muro esister ponno da una parte e dall' altra di esso.

Se sono da una parte e dall' altra perfettamente contrapposti, allora avendo ognuno dei vicini a suo favore la prova di esclusiva proprietà parmi che il muro dovesse ritenersi non comune ma diviso fra essi, per quanto si estendono i reciproci segni.

Ma se non fossero perfettamente contrapposti, allora ponno aver luogo quistioni intricatissime che dovrebbero essere decise dal giudice caso per caso secondo le deduzioni e le prove delle parti, sentiti ove occorra periti.

Ed il giudice, sentiti ove occorra periti, dee decidere in ogni caso, quando le parti non si accordino sulla comunione o sulla proprietà esclusiva di un muro divisorio.

Ho esposto nella precedente annotazione i principii secondo i quali tenendo un vicino travi immesse dal di fuori, nel muro divisorio, deve a parer mio decidersi se le tenga per diritto o di comunione sul muro, o di servitù o di esclusiva proprietà.

Quei principii dovrebbero essere seguiti tanto nel caso in cui il vicino tenesse quelle travi in tutto il muro quanto nel caso in cui le tenesse in una porzione soltanto come a principio o a mezzo o nel fine di esso.

Se le tiene in tutto il muro comune o in una porzione di esso soltanto, che sia egualmente comune, non le terrà in regola se non per diritto di comunione.

Se le tiene in tutto il muro o soltanto in una porzione di esso di sua esclusiva proprietà, le terrà pel diritto di quella sua proprietà.

Se poi le tenesse in tutto il muro o soltanto in una porzione di esso che fossero o comuni o di esclusiva proprietà dell'altro vicino, per diritto di servitù, allora ove manchi la prova che la servitù esista in latitudine maggiore, parmi che la si dovrebbe ritenere circoscritta al solo sito ov' esistono le travi.

Finalmente riferendomi al § 857 del Codice austriaco del quale ho parlato nell' annotazione *n* ed anche nel principio della presente, parmi che la traduzione italiana di esso non sia conforme al testo tedesco.

Il testo dice che se nel muro divisorio i mattoni ec. sporgano in fuori o declinino da una parte soltanto, o se i pilastri ec. sieno piantati da una parte sola, in dubbio la indivisa proprietà di quel muro è *da questa parte*.

Cioè, a mio modo di vedere, è presunto essere da questa parte la indivisa cioè la esclu-

Digitized by Google

vuole qualche cosa di più forte, cioè una prova legale e non qualche cosa di egual peso come altra presunzione legale.

(*q*) Un solo comproprietario di un muro comune:

1.° può fabbricare contro esso cioè appoggiare ad esso un suo edifizio?

2.° può innalzarlo di più onde servirsi dell' innalzamento a qualche uso, p. e. per sostenere o chiudere un proprio edifizio?

3.° può fare nel corpo di esso incavi o formarvi per proprio uso qualche nuova opera, come p. e. un armadio, un focolare ecc.?

Distinguo secondo il Codice Napoleone il muro non divisorio dal divisorio.

Pel muro comune non divisorio mi riferisco a quello che ho detto secondo l'art. 1589 di quel Codice nell' annotazione *l* al precedente Capo, ove ho osservato che un comproprietario di un' area nuda ad altri comune non può su essa costruire un edifizio senza l' assenso di tutti gli altri comproprietarii.

Ciò che ivi ho ritenuto per l' edifizio sull' area comune mi sembra applicabile anche ai suddetti tre casi.

Cioè un solo comproprietario senza l' assenso di tutti gli altri non può fare le costruzioni ed opere accennate ai numeri 1, 2, 3.

Pel muro comune poi divisorio osservo quanto appresso.

1.° Per l' art. 657 del suddetto Codice ogni comproprietario anche senz'assenso degli altri può far fabbricare appoggiando a quel muro comune, cioè può contro esso costruire un proprio edifizio.

2.° Pegli art. 658-660 ogni comproprietario anche senz' assenso degli altri può alle condizioni ivi espresse far innalzare quel muro comune anche per sostenere o chiudere un edifizio che volesse costruire su esso o servendosi di esso.

La sentenza della gran Corte civile di Napoli riportata a pagine 226 della Sezione II dell' *Eco dei Tribunali* anno 1854 ha ritenuto in uno de' suoi motivi, che il compadrone di un muro divisorio comune possa sotto quelle condizioni portarlo piu in alto secondo gli art. 579, 580 del Codice civile appunto di Napoli, che corrispondono agli art 658, 659 del Codice Napoleone.

3.° Per l' art. 662 uno dei vicini non può fare alcun incavo nel corpo di un muro divisorio comune nè applicarvi od appoggiarvi alcuna nuova opera p. e. un armadio, un focolare ecc. senza il consenso dell' altro ovvero in caso di rifiuto senza aver fatto determinare da periti i mezzi necessarii onde l' opera non riesca di danno alle ragioni di quello.

Con quel consenso, o dopo la suddetta operazione peritale e regolandosi secondo essa può farlo anche senza assenso dell' altro vicino.

Che cosa poi sulle domande ai n. 1, 2, 3 dovrà rispondersi secondo il Codice austriaco?

Se il muro comune non è divisorio parmi che regga per esso quello che nell' annotazione *l* al precedente Capo ho detto nel caso dell' edifizio costruibile da uno solo dei comproprietarii di un' area nuda ad altri comune, caso al quale mi riferisco.

Parmi perciò che non essendovi accordo fra tutt' i comproprietarii uno solo di essi non possa fare le costruzioni ed opere indicate ai n. 1, 2, 3, se non ha a favor suo la pluralità dei voti degli altri, ed in caso di parità di voti una delle decisioni delle quali parla il § 835 di quel Codice.

E parmi che questa regola in riguardo alle costruzioni delle quali ho parlato ai n. 1 e 2 dovrebb' essere seguita anche quando il muro comune fosse divisorio.

Non sembrami che in questi due casi il § 855 del suddetto Codice la distrugga.

Per esso § ogni consorte può dalla parte sua usare del muro (divisorio) comune fino alla metà della grossezza e secondo il testo tedesco fino alla metà *nella* grossezza, e può farvi anche porte finte ed immettervi armadii dove dalla parte opposta non ve ne sieno. Non è però lecito esporre a pericolo l' edifizio col costruirvi cammino o focolare od altra opera, cioè il suddetto consorte può fare quelle costruzioni quando non vi abbia quel pericolo. Non può poi impedire in verun modo al vicino l' uso della sua porzione di muro.

In primo luogo questo § contempla veramente i lavori e le opere che un vicino può fare da sè solo senza l' assenso dell' altro vicino e senza le decisioni portate dal § 835 entro la grossezza del muro divisorio comune giungendo fino alla metà di essa.

Tali sono le porte finte, gli armadii, i cammini, i focolari od altre opere simili di cui il suddetto § 855 fa cenno.

Digitized by Google

Ma fabbricare un edifizio contro il muro divisorio comune esso appoggiandolo ad esso; ma innalzare quel muro di più anche perchè sostenga o chiuda un proprio edifizio, sebbene lo s' innalzi fino alla metà della grossezza di esso, non è far opera *nella* grossezza *entro* la grossezza, sibbene *fuori* di quella grossezza, *su* quella grossezza.

Non mi sembra dunque che quel § contempli i due casi che ho proposto.

E se non li contempla sembrami egualmente che star debbasi alla regola generale dei §§ 828, 833, 834, 835, dei quali ho parlato nell' annotazione *l* al precedente Capo e che debbasi conchiudere che senza l' assenso dell' altro vicino o senza ciò che, come ivi ho pur detto, la legge fa equivalere a quell' assenso, un solo vicino non possa nè sulla metà nè sulla intiera grossezza del muro divisorio comune fare le costruzioni delle quali ho parlato ai n. 1 e 2.

In secondo luogo i suddetti §§ 828, 833, 834, 835 portano la regola che restringe le facoltà del consorte di un muro comune divisorio o non divisorio.

Il § 855 al contrario porta la eccezione che estende alquanto di più malgrado la regola le facoltà del consorte del muro comune divisorio.

Quella eccezione va strettamente interpretata.

Dunque non si può estendere a casi che espressamente e chiaramente non vi si veggono compresi.

Non vi si vede in tal modo compresa la facoltà di un consorte di fare di sua sola volontà le costruzioni delle quali ho parlato ai n. 1 e 2.

Dunque quella facoltà non gli spetta.

In quanto alle opere delle quali ho parlato al n. 3, il suddetto § 855 dà ad un solo vicino la facoltà di farle anche senz' assenso dell' altro vicino e regola quella facoltà.

(*r*) I. Giusta la riserva fatta alla lettera *k* del presente Capo esamino qui la quistione seguente.

Sempronio innalzò a sue spese il muro di Tizio, cioè un muro altrui.

Di chi sarà quell' innalzamento?

Inoltre che cosa dirassi per le spese di esso?

O Tizio ha assentito o no al suddetto innalzamento.

1.° Se ha assentito,

a) O le parti si accordarono ch' esso rimanga di Sempronio ed allora sarà di questo. A carico di lui starà ogni spesa per la costruzione di esso. Il muro inferiore di Tizio avrà la servitù di soffrire il peso del muro superiore di Sempronio.

b) O le parti si accordarono che l' innalzamento rimanga di Tizio, ovvero nulla dissero intorno all' appartenenza di esso. Allora nel primo caso giusta l' accordo, e nel secondo come legale pertinenza del muro inferiore l'innalzamento stesso rimarrà di Tizio.

Questi dovrà poi a Sempronio come a suo mandatario le spese per la costruzione giusta l' art. 1999 del Codice Napoleone ed il § 1014 del Codice austriaco.

2.° Se Tizio poi non ha assentito all' innalzamento, allora Sempronio come edificatore sul fondo altrui sarà trattato giusta l' art. 555 del primo e giusta i §§ 418 e 419 del secondo di quei Codici.

Veggasi su questo riguardo quello che ho detto pel tetto e pel verone nell' annotazione *c* al Capo XXXII.

II. Esamino altra quistione qui toccata dal nostro autore.

Un muro è comune a Tizio ed a Sempronio.

Su quel muro Sempronio ne innalza un altro a sue spese.

Di chi sarà questo innalzamento?

Che cosa dirassi per le spese di esso?

Rispondo in separato secondo il Codice Napoleone e secondo l' austriaco.

Pel Codice Napoleone distinguo, se il muro inferiore comune sia non divisorio o divisorio.

Digitized by Google

b) O le parti si accordarono che l'innalzamento rimanga di Tizio ed allora rimarrà di questo. Tizio dovrà a Sempronio come a suo mandatario le spese per l'innalzamento. Il muro inferiore comune ad ambedue avrà la servitù di sopportare il peso del muro superiore di Tizio.

c) O le parti si accordarono che l'innalzamento sia comune ovvero nulla dissero sull'appartenenza di esso. Allora nel primo caso per l'accordo, nel secondo come pertinenza legale del muro inferiore comune, anche l'innalzamento sarà comune. Ed avendolo così Sempronio fatto anche per Tizio questi dovrà a quello come a suo mandatario giusta l'art. 1999 la parte di spesa per la costruzione che corrisponda alla quota ch'esso Tizio ha nella comunione.

2.° Se Tizio poi non ha assentito all'innalzamento, anche allora parmi ch'esso rimaner debba comune ai due comproprietarii come pertinenza legale del muro inferiore ad essi comune. Sempronio, per quello che ho detto nell'annotazione *l* al Capo XXXIX, nel caso della costruzione di un edifizio sull'area comune sarà considerato come amministratore della cosa di Tizio senza mandato. E per la parte di spesa incontrata per quest'ultimo nella costruzione, Sempronio sarà trattato secondo gli art. 1374, 1375 del Cod. Napoleone. Cioè avendo bene amministrato, Tizio lo rimborserà della parte di spesa che ha incontrato per lui. Ed avendo male amministrato, Sempronio dovrà a Tizio i danni e gl'interessi.

E nel caso poi in cui Tizio non abbia, come ho detto, assentito all'innalzamento e molto più nel caso in cui Sempronio l'abbia fatto contro la volontà validamente dichiarata di lui, parmi che si potesse persino sostenere aver Tizio il diritto di farlo distruggere o di farsi autorizzare a distruggerlo a spese di Sempronio.

Ciò riterrei per l'analogia degli art. 1859, 1143 del Codice Napoleone.

Infatti per l'art. 1859 Sempronio avrebbe avuto la obbligazione di non fare l'innalzamento senza l'assenso di Tizio.

Avendolo fatto senza l'assenso o contro la volontà validamente dichiarata di questo, avrebbe contravvenuto a quella obbligazione di non fare.

Ed avendovi contravvenuto, Tizio per l'art. 1143 domandar potrebbe la distruzione del suddetto innalzamento.

Se ciò fosse vero, gli stessi principii sarebbero applicabili anche al caso dell'edifizio che in condizioni simili fosse stato da un solo comproprietario costruito sull'area ad altri comune.

B. Se poi il muro inferiore comune è divisorio, allora, secondo il Codice Napoleone, osservo quanto appresso.

L'innalzamento di quel muro, fatto con o senza assenso di Tizio da Sempronio è di questo.

Lo è pegli art. 658, 659 pei quali ogni compadrone alle condizioni ivi espresse può far innalzare il suddetto muro divisorio comune.

Lo è per l'art. 660 pel quale il vicino che non ha contribuito al suo alzamento può alle condizioni ivi pure espresse acquistarne la comunione.

Se può acquistarla, ciò vuol dire che se non l'acquista, il suddetto innalzamento non è comune ma è del solo comproprietario che l'ha fatto.

A carico di questo stanno poi le spese delle quali parlano gli art. 658 e 659.

Pel Codice austriaco poi, sia il muro inferiore comune a Tizio ed a Sempronio, non divisorio o divisorio. Sempronio, per quello che ho detto nelle annotazioni *l* al Capo XXXIX e *q* al presente Capo, non può innalzarlo di più senza l'assenso di Tizio o senza una delle decisioni ch'equivalgono a quell'assenso e che sono indicate nel § 835.

1.° Se quell'assenso od una di quelle decisioni esistono:

a) O le parti si accordarono che l'innalzamento rimanga di Sempronio ed allora

legale pertinenza del muro inferiore comune, anche l'innalzamento sarà comune. Tizio dovrà a Sempronio come a suo mandatario giusta il suddetto § 1014 la parte di spesa per la costruzione che corrisponda alla quota ch' esso Tizio ha nella comunione.

2.° Se quell' assenso poi ovvero una di quelle decisioni non esistono, allora per quello che ho detto nell' annotazione *l* al Capo XXXIX nel caso consimile dell' area comune. Sempronio sarà considerato amministratore della cosa di Tizio senza mandato e sarà trattato secondo i §§ 1035-1040 del Codice austriaco.

Vale a dire:

a) O ha fatto l' innalzamento per allontanare un danno imminente dal muro inferiore comune, ovvero a manifesto prevalente vantaggio di esso, ed allora restando l' innalzamento stesso comune, Sempronio avrà pei §§ 1036, 1037 diritto in confronto a Tizio alle spese necessarie od utili per esso incontrate.

b) O lo ha fatto senza che quel prevalente vantaggio sia manifesto, oppure arrecando al muro inferiore comune un cangiamento tanto essenziale da renderlo inservibile allo scopo cui fu sin ora adoperato, ed allora Sempronio perderà secondo il § 1038 le spese fatte per Tizio. Se Tizio lo voglia, l' innalzamento rimarrà comune, ovvero Sempronio dovrà restituire le cose nello stato primiero, cioè dovrà demolirlo a sue spese.

c) O lo ha fatto infine non solo senza assenso o senza una delle decisioni equivalenti all' assenso di Tizio, ma eziandio contro la volontà validamente dichiarata di questo, ovvero contro la suddetta decisione, ed allora pel § 1040 non solo dovrà a Tizio pieno soddisfacimento ma perderà anche le spese fatte quando non possa ritirarle in natura.

Gli sarà poi possibile in questo caso di ritirarle in natura e come?

Io dirò che ciò gli sarà possibile, restituendo a proprie spese il muro inferiore comune nello stato di prima col demolire l' innalzamento e col ritirarne i materiali.

Ritirando quei materiali ritirerà in natura, se non tutte le spese fatte, certo una parte di esse.

Far ciò gli è possibile ed il § 1040 gli dà facoltà di farlo.

E se farlo non volesse, l' innalzamento rimarrà comune.

Come si vede ho qui due volte parlato di demolizione dell' innalzamento del muro comune fatto da un solo dei comproprietarii di esso.

Una volta ho parlato della demolizione che Sempronio è obbligato ad eseguire nel caso del § 1038.

Una seconda volta ho parlato di quella che nel caso del § 1040 è in facoltà di fare.

Nel suo commento ai §§ 417-419 del vigente Codice, lo Stubenrauch sostiene che una restituzione nello stato primiero se anche possibile non può essere chiesta (nè quindi eseguita) perchè pei pubblici riguardi costruzioni già fatte, venir non ponno demolite.

Se ciò fosse vero ne seguirebbe che contro i §§ 1038, 1040 del Codice civile l' alzamento di un muro comune non potrebb' essere mai demolito.

Almeno pel Regno lombardo-veneto non potrei in ciò convenire.

Infatti per le leggi che ho citate nelle annotazioni *e* ai Capi XXVII e XXXIX nessuno, quindi nemmeno un comproprietario può innalzare di più un muro senza il permesso dell' autorità che tutela i pubblici riguardi.

Ora o ha ottenuto quel permesso ma non ha osservato le altre cautele prescritte pel caso di fabbrica da intraprendersi dal Capo VIII del Regolamento giudiziario, ed allora pei §§ 340, 341 del Codice civile, se l' altro comproprietario del muro domanda al giudice ordinario il divieto del suo innalzamento, e se anche il giudice permette al comproprietario edificatore di continuare l' opera pendente la causa, non glielo permette se non sotto la implicita condizione che perdendo quella causa rimetter debba le cose nello stato primiero, cioè demolir debba il fatto innalzamento.

Perduta poi quella causa dee demolirlo.

Digitized by Google

In questi due ultimi casi la demolizione ha luogo appunto per pubblici riguardi come nel primo ha luogo per la legge civile nei riguardi privati.

Non sarebbe dunque sempre vero che costruzioni già fatte non possano pei pubblici riguardi venir demolite.

Deggio poi chiudere la presente annotazione con una osservazione.

Quando un solo comproprietario costruisca un edifizio sull' area comune ovvero innalzi di più un muro comune ho in generale opinato che debbano essere seguiti i principii della comunione e del mandato, piuttosto che quelli dell' art. 555 del Codice Napoleone e dei §§ 418, 419 del Codice austriaco relativi a chi fabbrica sul fondo altrui.

Ho opinato così perchè parmi che vi abbia differenza tra il fabbricare sul fondo altrui ed il farlo sul fondo comune.

Ho seguito intorno a ciò le leggi romane.

Esse fanno differenza tra l' edificare *in solo alieno* e l' edificare *in area communi*.

Parmi che per l' uno e per l' altro edificare stabiliscano regole particolari.

Così p. e. dell' edifizio *in solo alieno* parlano il § 30, libro 2, titolo 1 delle Instituzioni ed il frammento 7, § 12, libro 41, titolo 1 del Digesto.

E dell'edifizio *in solo communi* parlano separatamente, p. e. il frammento 27, § 1, libro 8, titolo 2 del Digesto, e la costituzione 16, libro 3, titolo 32 del Codice.

(*s*) Mi par chiaro poi che un comproprietario non potrebbe in nessun caso innalzare di più un muro comune, quando questo fosse aggravato a vantaggio altrui della servitù *altius non tollendi*.

Se quella servitù esiste a vantaggio di un terzo non comproprietario del muro comune mi pare che la cosa non possa soggiacere a dubbii.

Ma essa può esistere anche a vantaggio di un comproprietario di quel muro.

Non vedrei perchè colui non potesse avere acquistato la servitù di proibire agli altri comproprietarii di ergerlo più in alto.

Potrebbe averla acquistata coll'assenso o per la ratifica di essi, come ho detto nell' annotazione *f* al Capo XIV aggravandone il muro comune a vantaggio di altro suo predio.

Potrebbe anche averla acquistata così sul muro comune per prescrizione (usucapione).

In ambi i casi essa sussisterebbe ed il muro comune non potrebbe dai comproprietarii essere innalzato di più.

La servitù *altius non tollendi* imposta poi a tutto un edifizio comune lo è anche al muro che ne fa parte e ch' è egualmente comune.

(*t*) Credo anch' io che un consorte coprir possa un muro comune divisorio o non divisorio, quando con ciò non arrechi danno agli altri consorti.

(*u*) Se possa immettervi travi, l' ho detto nell' annotazione *d* al Capo XXX.

(*v*) Parlerò su questo punto nelle annotazioni al Capo delle ristaurazioni.

(*x*) Per l' art. 675 del Codice Napoleone uno dei vicini non può senza il consenso dell' altro aprire nel muro comune finestre od aperture.

Se è divisorio, nemmeno gli art. 657-662 gli accordano quella facoltà.

Pei §§ 475 n. 3 e 480 del Codice austriaco, onde poter aprire finestre nel muro altrui fa d' uopo averne acquistato specialmente il diritto.

Lo stesso dir si dovrebbe anche per quelle da aprirsi in un muro comune, il quale se è di un comproprietario lo è eziandio degli altri.

Digitized by Google

Sempronio, come ivi ho pur detto, vi ha fatto a sue spese un primo innalzamento.

Ora Tizio su quel primo innalzamento vuol farne un secondo.

Facendo egli quel secondo innalzamento a chi apparterrà esso?

Che cosa dirassi per le spese di esso?

Fa d' uopo osservare se il primo innalzamento, secondo quello che ho detto nella su accennata annotazione, sia rimasto proprietà di Tizio, ovvero proprietà di Sempronio, ovvero proprietà comune ad ambedue.

Se quel primo innalzamento rimase proprietà di Tizio; allora è chiaro che il secondo innalzamento che avesse fatto su esso sarebbe suo, appunto perchè fatto sul suo.

Se quel primo innalzamento rimase proprietà di Sempronio, allora Tizio, facendone su esso un secondo, avrebbe edificato sull' altrui.

Ed avendo così edificato sull' altrui sarà trattato per la proprietà e per le spese del secondo innalzamento come nell' annotazione *r* I al presente Capo ho detto dover essere trattato Sempronio che ha innalzato un muro sul muro altrui.

Se finalmente il primo innalzamento rimase proprietà comune di Tizio e di Sempronio, allora Tizio facendone un secondo su cosa comune sarà trattato per la proprietà e per le spese della sua costruzione come nell' annotazione *r* II al presente Capo ho detto dover essere trattato Sempronio edificatore di un muro sopra altro muro comune.

(*aa*) Esiste un muro ed esso viene innalzato di più.

Passa molto tempo, sicchè non si sa più chi l' abbia innalzato ed a spese di chi sia stato innalzato.

A chi apparterrà l' innalzamento?

In regola esso mi sembra pertinenza legale del muro inferiore pei §§ 294, 297 del Codice austriaco.

Mi sembra tale anche pel Codice Napoleone.

Esso per l' art. 518 è un immobile per sua natura.

È un immobile che non istà da sè perchè è attaccato al muro inferiore, sicchè in regola dee considerarsi accessorio di esso.

Dunque e per l' uno e per l' altro Codice spetterà in regola e fino a prova contraria a chi spetta quel muro inferiore.

Dico fino a prova contraria.

Infatti se fosse provato possederlo altri od altri avervi sopra tetto o solaio a titolo di proprietà, spetterebbe al possessore od a colui che sopra vi avesse il proprio tetto o solaio.

È chiaro poi che non ispetterebbe a colui che sopra vi avesse il proprio tetto o solaio, non a titolo di proprietà, sibbene p. e. a titolo semplice di servitù.

(*bb*) Alla quistione qui promossa dall' autore se un solo dei vicini possa fabbricare sul muro comune da esso e dall' altro vicino costruito per chiudere le loro aree od orti contigui ossia sul muro divisorio comune, danno, a parer mio, scioglimento le osservazioni che nell' annotazione *q* al presente Capo ho fatto nel caso al n. 2, colle quali ho risposto alla domanda se un solo comproprietario di quel muro divisorio comune possa innalzarlo di più onde servirsi dell' innalzamento a qualche uso, p. e. per sostenere o chiudere un proprio edifizio.

(*cc*) Il muro comune che divide due case resta comune anche se una di esse sia stata venduta, quando i comproprietarii non abbiano fra loro disposto che debba appartenere ad una sola di quelle case.

Non avendo essi ciò disposto fra loro, e rimanendo il muro divisorio comune, il diritto di comunione sussiste, nè la semplice vendita di una di quelle case ad un terzo lo toglie. Solamente quel diritto passa dal venditore nel compratore della suddetta casa.

Digitized by Google

CAPUT XLI.

DE STILLICIDIO SEU TECTO.

I. *Stillicidium et tectum an idem significent. Tecti seu stillicidii appellatione, an veniat solum illud, quod est de tegulis, puta cuppis, lastis: an etiam veniat illud quod de plumbo existit.* — II. *Stillicidium sive tectum an unicuique licitum sit extra parietem pro libito voluntatis porrigere.* — III. *In stillicidio sive tecto an luminaria facere licitum sit.* — IV. *Supra stillicidium an sit licitum aedificare, verbi causa solarium, sicut Venetiis fit: hortulos, sicut in Catalonia: crustationem, sicut in civitate Neapolis.* — V. *Domum versus viam publicam per directum si quispiam habet cum stillicidiò casitante supra solum publicum, et vicinus habeat domum contiguam a latere depressiorem, ac ipsam altius elevaverit, quam sit alia domus sui vicini, an facere possit quod aqua stillicidii sui super vicini stillicidium casitet, vel e contra.* — VI. *Usufructuarius aedium an ipsas altius tollere possit.* — VII. *Domus una si habeat plura solaria diversarum personarum: ita quod quando pluit, descendit aqua ad solarium inferius: an possit cogere dominium superiorem ad ipsum suis sumptibus reficiendum.* — VIII. *Domino tecti an liceat legare tectum, sive tegulas sive plumbum, sive signa alteri domui.* — IX. *Debitor meus si quidam sit, et in executione sententiae feci ipsum pignorari: an poterunt pro pignore capi tegulae domus, vel plumbum, vel ligna.*

Licet de stillicidio plura dixerimus supra de servit. stillicidii avertendi in tectum vel aream vicini, et de servit. stillicidii non avertendi: tamen ut perfectior ista materia habeatur, etiam hic aliqua subiiciemus. Et sciendum est in primis, quod stillicidium et tectum idem significant (1), *quamvis in alia materia Senatusconsult. Syllaniani tectum aliter accipiatur latius* (2), *et te-*

(1) *Ut probatur in L. 1. de servit. urb. praed. et proterea dixi, in rub. de stillicidio sive tecto.*

CAPO XLI.

DELLO STILLICIDIO O TETTO.

I. Se stillicidio e tetto abbiano lo stesso significato. Se si chiami stillicidio o tetto quello soltanto ch' è coperto di tegole, o *coppi*, o lastre, oppure anche quello ch'è coperto di piombo? — II. Se chiunque possa a suo piacimento sporgere all'infuori del muro lo stillicidio od il tetto? — III. Se si possa costruir abbaini sopra il tetto o stillicidio? — IV. Se lecito sia fabbricare sul tetto vedette od *altane*, come in Venezia; orticelli, come in Catalogna, o terrazzi, come in Napoli. — V. Se qualora uno abbia la casa che direttamente prospetta sulla pubblica via collo stillicidio cadente sopra il pubblico suolo, ed il vicino abbia una casa più bassa contigua da un lato, e questa abbia innalzata più dell'altra, possa inoltre far sì che l'acqua del suo stillicidio cada sopra lo stillicidio del vicino, oppure nol possa? — VI. Se l'usufruttuario di case possa queste levare più in alto? — VII. Se quando una casa ha più piani appartenenti a persone diverse, così che l'acqua, allorchè piove, discenda al piano sottoposto, possa il padrone di questo costringere il proprietario superiore a ristaurarlo a sue spese? — VIII. Se il padrone del tetto possa legare il tetto, o le tegole, od il piombo, od il soppalco ad un'altra casa? — IX. Se qualora taluno mi sia debitore ed io l'abbia fatto oppignorare in esecuzione della sentenza, si possano prendere in pegno le tegole della casa, od il piombo, od il legname?

Abbenchè per lo innanzi parecchie cose abbiamo detto circa la servitù di rivolgere lo stillicidio sul tetto od area del vicino, come pure intorno quella di non divertirlo, nondimeno, affinchè questa materia più perfetta riesca, alcune altre cose eziandio vogliamo soggiungere. E primamente si dee sapere che *stillicidio* e *tetto* hanno il medesimo significato, quantunque nella diversa materia del senatoconsulto Sillaniano la voce

(2) *Ut L. 1. § eodem autem tecto, ad Sill., l. fin. de his quibus ut indign.*

Digitized by Google

ctum dicitur a tegendo quia domum tegit, tegularium etiam appellari potest (1). *Sed potest dubitari, an appellatione tecti seu stillicidii veniat solum illud, quod est de tegulis, puta cuppis, lastis, an etiam veniat illud, quod est de plumbo. Et dico quod sic* text. est cum gloss. in l. malum, § plumbum, de verb. sign.

I. *Nam ibi dicitur plumbum, quod pro tegulis ponitur, aedificii esse et gl. exponit pro tegulis, quando loco-tegularum plumbum cooperit domum, ut sunt ecclesiae venetianae. Adde tu, ut est nobile palatium, et Paduae ecclesia sancti Antonii, ex quo sequitur secundum gloss.* (2), *quod vendita domo etiam istae tegulae de plumbo veniunt* (3). *Item etiam appellatione stillicidii sive tecti, venit id omne, per quod domus seu aedificium tegitur, et aqua stillat, sive sit incrustatio, sicut in civitate Neapolis: sive de paleis, sicut communiter sunt in villis, per ea quae dixi supra de servit. stillicidii avertendi, in 1. quaest. ubi declaravi quid sit stillicidium. Et ideo ista materia servitutis loquens de stillicidio sive tecto, procedit in hujusmodi stillicidiis sive tectis.*

II. *Quaero circa praedicto, an sit licitum unicuique stillicidium sive tectum porrigere extra parietem pro libito voluntatis? Dic quod aut vult porrigere super solum vicini, et non potest* (4). *Et est ratio quia solum vicini debet esse liberum usque ad coelum, et sic coelum quod est supra solum, debet esse liberum* (5), *nisi esset servitus stillicidii imposita: quo casu porrigere potest secundum impositam servitutem, et non ultra, sed circa retroducere potest* (6). *Aut vult porrigere supra solum publ. et tunc subdistingue: aut ex forma statuti vel consuetudinis introductus est modus secundum quem porrigi possit stillicidium: et ille modus servandus est, ut probatur in text. cum gloss.* (7),

tetto si prenda in senso più largo. *Tetto* poi così si chiama da *tegere* (coprire), perchè copre la casa; ond' è che *tegularium* altresì potrebbe appellarsi. Ma si può dubitare se nella denominazione di tetto o stillicidio si comprenda quello soltanto ch' è formato di tegole, verbigrazia di *coppi* o di lastre, oppur anche quello ch' è fatto di piombo. Ed io dico che si comprende in virtù della legge *malum § plumbum ff. De verb. signif.* colla glossa su quella.

I. Imperocchè ivi è detto che il piombo, il quale in luogo di tegole si pone sul tetto, appartiene allo edificio; e la glossa spiega le parole *pro tegulis* in questo modo: *quando, invece di tegole, la casa è coperta di piombo, come lo sono le chiese di Venezia*; e tu aggiungi, ed il magnifico palazzo, ed in Padova la chiesa di S. Antonio. Dal che segue, giusta la glossa, che, venduta la casa, sieno pur vendute queste tegole di piombo. Così pure nel nome di stillicidio o tetto si comprende tuttociò che serve a coprire la casa o l'edificio, o per cui sgocciola l' acqua, sia desso un terrazzo, come a Napoli, o sia fatto di paglia, come ordinariamente lo si vede ne' villaggi; per quelle cose che ho detto più sopra nella servitù di divertire lo stillicidio, nella 1.ª quistione, ove spiegai che cosa esso sia; e però la materia ch'ora trattiamo vale per gli stillicidii o tetti di questa specie (*a*).

II. Intorno le predette cose io dimando: se sia lecito a chicchessia lo sporgere a piacimento fuori del muro lo stillicidio od il tetto? Rispondi che: o vuole sportare sul fondo del vicino ed allora nol può, per la ragione che il suolo del vicino dev' essere libero sino al cielo, e così pure il cielo che sovrasta al suolo, tranne il caso in cui fosse imposta la servitù di stillicidio, perchè allora potrebbe sportare giusta l'imposta servitù, e tenersi più indietro, non già andare più innanzi. Oppur vuole sportare sul suolo pubblico, ed allora suddistingui: o per lo statuto, o consuetudine, è stabilito il modo nel quale si può sportare lo stillicidio, e quel modo si deve osservare, com' è provato da' testi e dalla glossa che fa cenno

Digitized by Google

ubi fit mentio de forma aedificandi Florentiae. Aut nullus modus aedificandi est statutus, et tunc teneo quod nullus possit de jure aedificare, porrigendo ipsum supra solum publicum: quia ita debet esse liberum solum publicum, sicut et privatum (1). *Si vero esset consuetudo vel statutum in contrarium sicut est communiter in his partibus: consuetudo est attendenda* (2), *vel nisi quis haberet potestatem a principe vel a regentibus civitatem* (3), *et quod dictum est de statuto, consuetudine, aut concessione: intellige verum: nisi fieret cum damno vicini, exemplum: vicinus habet penum a latere subterraneam, et ex solo publico recipit lumen: quia ibi habet unam fenestram: si alius vicinus porrigeret stillicidium, puta, per duos pedes, aqua ex stillicidio cadaret in penum vicini: nam hoc casu non posset tale stillicidium porrigere super solum publicum, quia statutum, vel consuetudo, aut licentia de aedificando supra solum publicum intelligitur in dubio sine damno vicini* (4), *et ita alias judicari vidi in civitate Veronae. Aut quis vult aedificando stillicidium porrigere supra sepulchrum seu monumentum: et tunc non potest, casus est* in l. si vitem, § penult. quod vi aut clam, *ubi est text. magistralis in ista materia, quem omnino vide.*

III. *Quaero secundo, an in stillicidio seu tecto sit licitum facere luminaria. Et breviter dic regulariter, quod sic: quia quatenus se domus extendit et tectum, licitum est facere fenestram a parte superiori: quia illud solum usque ad coelum debet esse liberum ad usum ejus, cujus est solum* (5), *ac etiam quia in suo quis potest facere fenestram regulariter, probatur* in l. altius, C. de servit. et ibi notat. *nisi fieret illa fenestra causa vivendi secreta domus vicini, et ex hoc nullam utilitatem percipiat: et sic potius ad aemulationem vel despectum vicini* (6): *idem si fieret causa videndi puellam vicini: de quo plenius dic, ut infra dicam de fenestra sive balcono.*

del modo di fabbricare a Firenze. O non è stabilito alcun modo di fabbricare, ed allora io ritengo che nessuno possa per diritto fabbricare sporgendo lo stillicidio sul pubblico suolo; avvegnachè questo debba esser libero nella stessa guisa che il suolo privato. Se poi v'è consuetudine o statuto in contrario, come ordinariamente sussiste in questi paesi, esso deve osservarsi, fuorchè quando alcuno fosse stato privilegiato dal principe o dai rettori della città. E quanto fu detto circa lo statuto, la consuetudine o la concessione, intendi esser vero allorchè non sia fatto con danno del vicino. Poni quest' esempio. Un vicino ha da un lato la cantina sotterranea che riceve luce dal pubblico suolo, perch' ivi sta una finestra. Se un altro vicino sporgesse il suo stillicidio, per esempio per due piedi, l' acqua da quello cadrebbe nella cantina del vicino. In tal caso ei non potrebbe sportarlo, perchè lo statuto, la consuetudine o la licenza di fabbricare nel suolo pubblico, nel dubbio s' intende data colla condizione di non recar danno al vicino; e così altre volte io vidi giudicare in Verona. Oppure taluno fabbricando vuole sporgere sul sepolcro o monumento altrui, e neppure allora il potrà; e questo caso si trova nella legge *si vitem* § *pen. ff. Quod vi aut clam*, ov'è un testo magistrale su questa materia, il quale studierai onninamente (*b*).

III. Dimando in secondo luogo, se sia lecito costruire abbaini nello stillicidio o nel tetto? E brevemente rispondi che di regola si può, avvegnachè, per quanto si estende la casa od il tetto, è lecito aprir finestre nella parete superiore; perchè il suolo dev' esser libero sino al cielo ad uso di colui al quale appartiene; ed ancora perchè di regola ciascuno può aprire finestra nel proprio; tranne il caso però che quella finestra si facesse per esplorare i secreti della casa vicina, e per ciò non recasse alcuna utilità a chi l'aprisse, e quindi s' aprisse piuttosto per emulazione o per far dispetto al vicino; e così pure tranne il caso si facesse per rimirare la fanciulla del vicino; intorno il qual punto dirai come più pienamente esporrò trattando della finestra o balcone (*c*).

Digitized by Google

IV. *Quaero tertio, utrum supra stillicidium sit licitum aedificare: puta solarium vel moenianum, sicut Venetiis fit: hortulos, sicut fit in Catalonia: vel crustationem, sicut fit in civitate Neapolis. Et dico breviter, quod sic, nisi fieret causa aemulationis, vel despectus, vel puellae, per ea quae dixi in praecedenti.*

IV. In terzo luogo dimando se sia lecito fabbricare sopra lo stillicidio; verbigrazia, una vedetta od *altana*, come s'usa in Venezia, un orticello come in Catalogna, od un terrazzo, come si suol fare a Napoli? Rispondi brevemente, che sì, purchè non si faccia per emulazione, o per dispettare, o per mirar la fanciulla, in virtù di quello che dissi nel numero precedente (*d*).

V. *Quaero quarto, quidam habet domum versus viam publicam per directum cum stillicidio casitante supra solum publicum: vicinus habet domum contiguam a latere depressiorem, ipsam altius levavit, quam sit alia domus sui vicini: an possit facere, quod aqua stillicidii sui casitet super stillicidium vicini, vel e contra? et teneo quod non, si non debet sibi aliquam servitutem, quia regula est, quod licet in suo aedificare, dummodo non mittat in alienum* (1). *Debet ergo ille, qui habet altius stillicidium, divertere aquam per unum canale, vel aliter, quatenus se protendit stillicidium vicini, quod est inferius: ita quod illa aqua non casitet supra stillicidium suum, sed supra solum publicum: quod not. quia istum casum habui de facto Veronae.*

V. Chieggo in quarto luogo. Certuno ha la sua casa che guarda direttamente sulla pubblica strada, collo stillicidio che cade sopra il suolo pubblico. Il suo vicino ha una casa contigua da un lato e più bassa, e la eleva più altamente dell' altra. Potrà egli far sì che l' acqua del suo stillicidio cada sopra lo stillicidio del vicino, o nol potrà? Ritengo che nol possa, se l' altro non gli deve alcuna servitù, perchè è regola esser lecito fabbricare nel proprio, purchè non si immetta nell' altrui. Quegli pertanto che ha lo stillicidio più alto, deve divertir l' acqua mediante un canale, od in altro modo, per quanto si protende lo stillicidio inferiore del vicino, così che l' acqua non cada sopra quello, ma sopra il pubblico suolo; lo che noterai, perchè questo caso fu da me trattato realmente in Verona (*e*).

VI. *Quaero quinto: an usufructuarius* (*) *aedium possit altius tollere, et dicas quod non: licet non obscuret lumina domus: est ratio, quia per hoc tectum magis turbatur, quia ventus magis percutit* (2).

VI. Chieggo in quinto luogo, se l' usufruttuario (*) di case possa queste maggiormente innalzare? Risponderai che no, benchè non oscuri il loro lume, per la ragione che, innalzandole, il tetto è vieppiù turbato dal vento che con più forza lo percuote (*f*).

VII. *Quaero sexto, est una domus habens plura solaria diversarum personarum, an si tectum est fractum, ita quod quando pluit, descendit aqua ad solarium inferius, possit cogere dominum superiorem ad ipsum reficiendum sumptibus suis, scilicet superioris. Dicas quod sic* (3), *et ad hoc vide omnia quae dixi supra in servit. stillicidii non avertendi, et in servitute oneris ferendi* (4).

VII. In sesto luogo dimando. Vi è una casa che ha più piani appartenenti a diverse persone. Se il tetto di essa è rotto, così che quando piove, l' acqua dentro vi penetri e scenda al piano inferiore, potrà il padrone di questo costringere il proprietario superiore a ristaurarlo a proprie spese? Rispondi che no, in virtù de' testi e per quello che ho detto più sopra nelle servitù di non divertire lo stillicidio e di sopportare il peso (*g*).

VIII. *Quaero septimo, an liceat domino tecti legare tectum sive tegulas: puta cuppas sine plumbum, sive tigna altari. Et*

VIII. Dimando in settimo luogo: se sia permesso al padrone del tetto di legar queste tegole, per esempio i coppi, od il

Digitized by Google

trahatur vel subducatur, ut est text. in l. caetera § hoc senatus, supra de legat. 1, *de quo dic ut ibi.*

IX. *Quaero octavo et ultimo, quidam est debitor meus, feci ipsum pignorari, puta in executione sententiae* (1), *an poterunt pro pignore capi tegulae domus, ut sunt plumbum, vel cuppi, vel ligna? dic quod non* (2), *et ratio est, ne urbs deformetur ruinis* (3). *Caetera circa istam materiam vide quae plene scripsi, ut supra in servitute stillicidii avertendi, et in servitute sequenti, et adde quae dicam in sequente servit. etc.*

(1) *Justa not. in l. a divo Pio § in venditione de re jud. cum sequenti.*
(2) *Ut est casus in d. § senatus.*

(*) *Usufructuarius.* Differt usufruct. ab emphyteuta: quia iste habet utile dominium, ille solum jus utendi. Item differt ab usurario, nam is cui nudus usus fundi datur, nihil habet ulterius in eo, nisi ut oleribus, pomis, foeno, et hujusmodi utatur, ad usum quotidianum, et in eo moretur, sed nulli alii jus quod habet, aut vendere, aut locare, aut gratis concedere potest, sed usufruct. sic (1). Multo magis differt ab usu non juris, sed facti, quo fratres minores utuntur in quo usuarius nullum jus habet, sed tantum factum pro necessitate vitae (2), propterea additur verbum fructus, et adde Corn. *in 1. vol. cons.* 164. *et in 2. vol. cons.* 8. *et cons.* 187. *et in 3. vol. cons.* 195. *et in 4. cons.* 249. *et Alex. in 3. vol. cons.* 88.

(1) *Sic Instit. de usufruct. et hab.* § 1.

dole o sottraendole alle case, come dice la legge *caetera § hoc senatus, ff. de legatis* 1.°, e tu di' com' essa (*h*).

IX. In ottavo ed ultimo luogo dimando. Taluno mi è debitore, ed io lo faccio pignorare, per esempio, in esecuzione della sentenza: potranno per il pegno essere apprese le tegole della casa, quali sono i piombi, *i coppi* od il legname? Rispondi che no, per la ragione che la città non dee disformarsi colle ruine. Le altre cose che restano a dirsi in tale materia troverai pienamente spiegate nella servitù di divertire lo stillicidio e nella seguente; ed aggiungi altresì ciò che dirò in quella che ora segue (*i*).

(3) *Ut l. fin. ne quid in loco publico, et not. per Angel. et Dd. in d. § senatus.*

(*) *Usufruttuario.* L' usufruttuario differisce dall' enfiteuta, perchè questi ha l'utile dominio, e quegli il solo diritto di usare. Così pure differisce dall' usuario, perchè quegli cui viene dato l' uso nudo del fondo, nient'altro può fare in esso, se non se godere degli erbaggi, de' frutti, del fieno e cose simili pel suo uso quotidiano, e dimorare in esso; ma il diritto che possede non può vendere, locare, o donare ad alcun altro; bensì lo può l'usufruttuario. E molto più l'usufrutto differisce dall' uso, non di diritto, ma di fatto (del quale godono i frati minori), in ciò che l' usuario non ha diritto alcuno, ma soltanto un fatto per la necessità della vita, e perciò s'aggiunge la parola *frutto*. Ed arroge Corneo, *vol.* 1, *cons.* 164; *volum.* 2, *cons.* 8 *e* 187; *vol.* 3, *cons.* 195; *vol.* 4, *cons.* 249: ed Alessandro *vol.* 3, *cons.* 88.

(2) *De verb. sign. cap. exlit qui seminat. lib.* 6.

ANNOTAZIONI AL CAPO XLI.

(*a*) Veramente sembrami che non si possa confondere il tetto collo stillicidio.

Tetto *a tegendo* è il coperto di un edifizio, p. e. di un tempio, di un palazzo, di una casa, e simili.

Stillicidio invece è l' acqua piovana che discende da quel tetto.

Il § 489 del Codice austriaco distingue esattamente tetto da stillicidio, dicendo che chi ha il diritto di stillicidio può fare scolare liberamente o per mezzo di canali l' acqua piovana sul tetto altrui e può ergere anche più in alto il proprio tetto.

Anche il Codice Napoleone distingue fra tetto e stillicidio.

Infatti la Sezione 4.ª del Capo 2.° delle servitù prediali di questo Codice è intitolata dello stillicidio (*de l' egout des toits*).

Ed il sottopostovi art. 681 dice che qualunque proprietario dee far costruire i tetti in maniera che le acque piovane (stillicidii) scolino sul suo terreno o sulla via pubblica ecc.

La suddetta distinzione fra tetto e stillicidio è poi egregiamente espressa dalla traduzione latina della intitolazione della suddetta Sezione 4.ª

Ivi le parole *dello stillicidio* sono voltate in latino nelle parole *de tectorum stillicidiis.*

Per tutto ciò genererebbe ora confusione il confondere il tetto collo stillicidio.

Il tetto poi può avere varie configurazioni.

Può essere cioè piano, ovvero inclinato da una o più parti, ovvero in forma di cupola ecc.

Digitized by Google

E può essere coperto o di paglia o di tegole o di lastre di pietra, di piombo, di rame ecc.

(*b*) Per quello che ho detto nelle annotazioni *a b* al Capo XXXII in base all' articolo 552 del Codice Napoleone ed al § 297 del Codice austriaco nessuno può far isporgere il tetto della sua casa nel mio spazio o raggio d' aria od in quello comune a lui ed a me senza avere acquistato il diritto ossia la servitù attiva di farvelo sporgere.

Ognuno poi può far isporgere il tetto della sua casa sopra il sito ove passa, si ferma, radunasi il pubblico come su una piazza, su una contrada pubblica e simili, quando, come ho detto nell' annotazione *d* al suddetto Capo, ne abbia ottenuto il permesso dall' autorità politico-amministrativa.

Questa poi ove accordi quel permesso per non ostarvi riguardi pubblici di sicurezza, di ornato ecc., dee accordarlo in modo che quel tetto sporgendo non arrechi danno al vicino.

Così p. e. se io ho una cantina sotterranea che riceva luce da una finestra o spiraglio aperto sulla pubblica via, quell' autorità permettere non dee al mio vicino di far cadere lo stillicidio dal tetto della sua casa sulla mia finestra sicchè penetri nella mia cantina e quindi mi danneggi.

Non posso ammettere che lo permetta.

Infatti, per quello che ho detto nell'annotazione *d* al Capo XVI, io tengo aperta sulla via pubblica quella finestra partecipando all' uso pubblico e comune di quella via a tutti spettante e non per diritto di servitù nel senso della legge civile.

Ma, come ho pur detto nell' annotazione *b* al Capo XXVIII, anche il mio vicino conduce lo stillicidio dal proprio tetto su quella via pubblica partecipando all' uso pubblico e comune di essa a tutti spettante e non per quel diritto di servitù.

Nel caso che ho proposto, l' autorità politico-amministrativa dee conciliare fra essi i nostri due usi in modo che l' uno non turbi l' altro.

Quindi permetterà al mio vicino di far isporgere il proprio tetto sulla pubblica via, ma lo obbligherà a divertire dalla suddetta mia finestra il suo stillicidio.

(*c*) Pel suddetto art. 552 del Codice Napoleone e pel § 297 del Codice austriaco lo spazio d' aria che sta sopra la mia casa è mio.

Dunque in regola posso costruire sul tetto di essa anche abbaini.

Non potrei farlo in via di eccezione quando fossi aggravato a vantaggio del predio altrui della servitù di non costruirne.

A questo proposito veggasi ciò che, secondo ambedue quei Codici, ho detto sulle distanze delle luci o finestre nell' annotazione *a* al Capo XXXIII e sul fabbricare per emulazione nell' annotazione *f* al Capo XXXIX.

(*d*) Quello che ho detto nella precedente annotazione si applica anche al caso in cui volessi sul mio tetto fare qualche altra costruzione, come p. e. quella di una vedetta, di un' altana ecc.

(*e*) Mi par chiaro che se ho una mia casa più alta non posso far cadere lo stillicidio del tetto di essa sul tetto di altra casa più bassa del mio vicino, se non ho acquistato il diritto ossia la servitù attiva di farvelo cadere.

Veggasi quello che intorno a ciò ho detto nel principio dell' annotazione *b* al Capo XXVIII.

(*f*) L' usufruttuario di una casa non ha diritto di ergerla più in alto per le stesse ragioni per le quali nell' annotazione *k* al Capo XXXIX ho detto non avere egli diritto di costruire un edifizio sull' area nuda di cui altri ha la proprietà.

Digitized by Google

Non parmi che dovesse diversamente dirsi pel Codice austriaco.

Ove i rispettivi titoli di proprietà non disponessero diversamente non vedrei ragione per la quale il tetto che copre una casa, i cui differenti piani spettano ognuno a diverso proprietario, dovesse appartenere ad uno di quei proprietarii ad esclusione degli altri.

Riterrei invece che servendo il tetto a tutta la casa dovesse essere comune a tutti quei comproprietarii.

Trattandosi dunque di riparare o di ricostruire cosa comune parmi che dovessero essere seguite le regole della comunione.

Dovrebbe cioè essere seguita la regola del § 839, secondo la quale utili e pesi comuni si determinano in proporzione delle quote che poi in dubbio e sino a prova contraria si ritengono eguali.

Vale a dire il peso di ristaurare o di ricostruire quel tetto comune dovrebb' essere ripartito fra i proprietarii dei varii piani comproprietarii di esso, in proporzione della quota della proprietà e comproprietà rispettiva di ognuno, quota poi che nel dubbio e fino a che non vi abbia prova in contrario si considera eguale alle altre.

(*h*) A mio avviso il proprietario di una casa può lasciare in legato a taluno i soli materiali che ne compongono il tetto, come p. e. le travi o le tegole senza lasciargli altro di quella casa.

È vero che quei materiali attaccati alla casa sono pertinenza, accessorio di essa, quindi immobili come essa.

Ma per loro natura non sono cose immobili, sibbene mobili.

Sono cose immobili soltanto per destinazione del proprietario.

Ora se sono cose immobili solo perchè il proprietario ha destinato che sieno tali, parmi che potesse cangiarne la destinazione disponendone come di cose mobili a favore di un legatario.

Non troverei legge che gli proibisse di farlo.

Facendolo eserciterebbe il suo diritto di proprietà senza ledere poi nessun diritto altrui.

Non lederebbe infatti il diritto di colui al quale per eredità o per legato fosse pervenuta la casa che dovesse per volontà del proprietario disponente essere privata di quei materiali.

Quegli cui per eredità o per legato perviene la casa stessa non avrebbe diritto ad altro che ad essa tal quale gli fu lasciata, cioè senza i materiali che ne compongono il tetto, disposti a favore di un altro.

O vuole accettarla tal quale gli è pervenuta, ed allora non ha diritto a quei materiali.

O non è contento di averla così, ed allora è padrone di rinunciarvi.

Non mi sembra poi che il proprietario disponente ledesse veramente nemmeno qualche pubblico riguardo che fosse obbligato a rispettare.

Se anche in fatti fosse vero che per quel pubblico riguardo la casa rimanere non dovesse senza tetto od il tetto senza tegole, parmi che l' autorità politico-amministrativa, pur rispettando il legato dei materiali, soddisfar potrebbe al suddetto pubblico riguardo ingiungendo al novello proprietario della casa, di farvi o di ricoprirne il tetto.

Non obbedendo egli a questa ingiunzione, parmi che potrebbe far eseguire quelle opere d' uffizio ed a spese di lui, come ho detto in generale nell' annotazione *g* al Capo XXX e come prescrive in particolare pei fabbricati minaccianti rovina l' art. 33 del vigente decreto italiano sulle strade del 20 maggio 1806 n. 34.

Digitized by Google

ciò facendo veramente gli assoggetterebbe ad esecuzione mobiliare, e perchè come cose immobili per destinazione, essendo essi pertinenze, accessorii inseparabili da quella casa non potrebbero, a parer mio, senza essa venir assoggettati a quella immobiliare esecuzione.

Appoggerebbero questa mia opinione:

1.° L' aulico Decreto del 7 aprile 1826 n. 2178 della raccolta generale delle leggi giudiziarie, pel quale i grani, le legne, i foraggi, gli utensili, gli animali esistenti su un fondo fino a che sono necessarii alla ordinaria economica amministrazione di esso, si considerano cose immobili, pertinenze, parti integranti di esso secondo i §§ 294, 296 del Codice austriaco, nè ponno quindi essere separatamente esecutati nè trattati come le cose mobili, ma deggiono essere pignorati, stimati e venduti all' asta pubblica *soltanto coll' immobile al quale appartengono* e secondo le prescrizioni relative alla sostanza immobiliare.

2.° La decisione della Suprema Corte di giustizia riportata nella Gazzetta austriaca dei Tribunali del 10 febbraio 1852 n. 18, che annullando due conformi decreti delle Instanze inferiori ha pronunciato che le macchine esistenti in una fabbrica in piedi come pertinenze di essa non erano oggetto di separata pignorazione mobiliare.

Ora parmi che per le stesse ragioni dir si potesse che anche i materiali componenti il tetto di una casa come pertinenze, accessorii, parti integranti di essa non possono essere colpiti di esecuzione immobiliare se non unitamente ad essa e non sieno poi oggetto di separata esecuzione mobiliare.

Digitized by Google

CAPUT XLII.

DE OSTIO SEU PORTA.

I. *Ostium de novo versus fundum vel domum vicini in suo pariete proprio, an quispiam, vicino invito, facere possit.* — II. *Stillicidium supra solum vel aream vicini, verbi causa, per tres pedes si quis habeat, an tunc in muro proprio ostium facere possit causa veniendi ad ipsum solum sive aream.* — III. *Domum suam per directum versus viam publicam si quispiam habeat cum stillicidio protendente, verbi gratia, per tres pedes supra solum publicum, et vicinus habeat aliam domum per indirectum a latere, est velit facere ostium in muro suo proprio, causa exeundi de domo sua per solum publicum, quod est sub vicini stillicidio, nunquid possit.* — IV. *Stillicidii domino non est licitum claudere locum inferiorem sub stillicidio, neque ipsum tamquam proprium occupare.* — V. *Domum unam si aliqui habeant, quam diviserunt, et uni contingat in divisione una pars cum curia, alii pars domus, quae pariete dividitur, an si prius erat ostium dicto pariete et divisionis tempore nihil de ostio dictum fuit, vel sit dictum, quod clausum stet, an possit alter cogi, quod pariete sive muro claudat.* — VI. *Vicinus si vicinum turbaverit in veniendo ex aliquo ostio ad suam curiam, an possit cogi ad cavendum de amplius non veniendo.* — VII. *Areae alicujus dominus an possit claudere aream vicini ex parte sua versus curiam, januae tabulas affigendo, ita quod areae dominus in aream suam exire non possit.* — VIII. *Usufructuarius alicujus domus, an possit domus alterius aditum anteriorem vel posteriorem claudere.* — IX. *Ostii janua an possit alicui legari, vel in executione sententiae pro pignore capi.* — X. *Civitatem aliunde quam per portas sub poena capitis egredi non licet.* — XI. *Vestibulum quid proprie sit.*

CAPO XLII.

DELL' USCIO OSSIA DELLA PORTA.

I. Se taluno possa aprire nel proprio muro una porta nuova verso il fondo o la casa del vicino, contro voglia di questo? — II. Se, qualora taluno abbia il proprio stillicidio proteso sopra il suolo od area del vicino, verbigrazia, per tre piedi, possa aprire una porta nel proprio muro onde andare a quel suolo od a quell'area? — III. Se, qualora alcuno abbia la sua casa che guarda direttamente la pubblica strada collo stillicidio che si protende, per esempio, per tre piedi sopra il suolo pubblico; ed il suo vicino abbia pure un'altra casa, ma per traverso da lato, e voglia aprire una porta nel suo proprio muro, onde uscire dalla casa sul pubblico suolo ch'è sottoposto allo stillicidio del vicino, ciò possa far di diritto? — IV. Non è permesso al proprietario dello stillicidio chiudere il luogo sottoposto allo stillicidio, nè occuparlo come proprio. — V. Se, qualora due persone abbiano una casa in comune e se la dividano, e ad uno tocchi in divisione una parte di essa col cortile, ad un altro un'altra parte ch'è divisa mediante un muro, e se prima esisteva in questo muro una porta, ed al tempo della divisione niun cenno sia stato fatto di essa, oppur sia stato stabilito ch'abbia a restar chiusa, il secondo possa esser costretto a chiuderla colla parete, ossia muro? — VI. Se quando un vicino abbia turbato un altro vicino col venire da alcuna sua porta al di lui cortile, possa esser costretto a promettere di non più venire? — VII. Se il padrone di un'area possa chiudere l'area del vicino dalla sua parte verso il cortile, coll'affiggere tavole alla porta, in guisa che il padrone dell'altra area non possa escire da questa e venire alla sua? — VIII. Se l'usufruttuario di una casa possa chiudere l'ingresso anteriore o posteriore della casa altrui? — IX. Se possano essere legate ad alcuno le porte dell'entrata, o se possano essere apprese in pegno in esecuzione d'una sentenza? — X. È proibito sotto pena del capo di escire dalla città in altro modo che non sia passando per le porte. — XI. Che sia propriamente il vestibolo?

Digitized by Google

et dicit ibi gloss. quae ita faciunt omnes Veronenses: quia aperiunt portas versus viam publicam, et verum dicit, quod olim ita faciebant, sed hodie aperiunt intra domum; ultra vero stillicidii rigorem et tignorum protectum non liceret januam in publico aperire (1), *nisi esset consuetudo* (*) *in contrarium, sicut esse solebat in civitate Veronensi* (2), *et idem juris esse dico, quando quis haberet stillicidium domus suae supra domum vel aream vicini: quia quatenus rigor stillicidii, et tignorum protectus extenderetur, et non ultra, poterit januam suam in solo vicini aperire* (3). *Circa quae adde quae dixi supra de servitute stillicidii avertendi, in* 8. *quaest.*

I. *Sed dubium est, an quis potest in suo pariete proprio facere ostium de novo versus fundum vel domum vicini invito vicino; et Flor.* (4), *per illum text. dicit, quod licitum est, dummodo non protendatur ultra illa stillicidia. Petrus autem de Papia* in sua Practica (5), *dicit, quod in proprio pariete quis potest facere ostium de novo, invito vicino, si jus vicini non laeditur* (6), *de hoc concludendum est, ut dixi supra de pariete seu muro ver.* sed nunquid vicinus poterit in muro suo facere ostium, *ubi omnino vide.*

II. *Ubi adde, quod licet quis habeat stillicidium supra solum vel aream vicini, puta per tres pedes* (7), *nec est necesse, quod habens stillicidium pro eo intret fundum vicini, quia aqua omnino descendit et discurrit sine damno suo: an tunc poterit facere ostium in muro proprio causa veniendi ad dictum solum sive aream, puta quia ex eo aperto vult ire forte ad viam publicam? Et teneo quod non, quia licet illud solum sive area sit vicini, quatenus protendit rigor stillicidii recipiendi* (8), *tamen non debetur servitus aditus seu itineris, quae est diversa a servitute stillici-*

legge *Lucius ff. De serv. urb. praed.*, sulla quale dice la glossa che così fanno tutt' i Veronesi, i quali aprono le porte sulla via pubblica; e dice il vero, dacchè un tempo ciò avveniva, ma oggidì invece le aprono dentro la casa. Oltre poi il giusto limite dello stillicidio e lo sporto delle travi non sarebbe permesso aprir porte sul pubblico, se non qualora vigesse consuetudine (*) contraria, come soleva esistere in Verona. Lo stesso io dico essere di diritto, allorquando alcuno avesse lo stillicidio della sua casa sopra l' area o casa del vicino, perchè potrà aprire la sua porta nel suolo di questi soltanto fin dove giunge il vero limite dello stillicidio e lo sporto delle travi, e non già più oltre. Intorno le quali cose aggiungi ciò che dissi più sopra circa la servitù di divertire lo stillicidio, nella 8.ª questione.

I. Ma è dubbioso se alcuno possa aprire nel proprio muro una porta nuova verso il fondo o la casa del vicino, a mal grado di questo? Floriano dice ch' è lecito, purchè non si protenda oltre lo stillicidio. Pietro da Pavia poi nella sua *Pratica* dice, che nel proprio muro ciascuno può costruire una porta nuova, a mal grado del vicino, quando però il diritto questo non resti leso. Intorno a ciò devesi conchiudere in quel modo che esposi più sopra circa la parete od il muro, nel versetto: *Ma potrà il vicino aprire una porta nel suo muro?* il quale leggerai per intero.

II. E ad esso aggiungi l'altra questione: se taluno, benchè abbia lo stillicidio sopra il suolo od area del vicino, per esempio, per tre piedi (mentre non è necessario che chi ha lo stillicidio, in causa di questo entri nel fondo del vicino, perchè l'acqua totalmente discende e scorre senza suo danno), possa nondimeno fare una porta nel proprio muro onde andare al detto suolo od area, per esempio, perchè da quell' apertura vuol forse passare alla pubblica strada? Io ritengo che nol possa; perchè, quantunque quel suolo od area sia del vicino, fino al punto cui giunge l' estremo limite dello stillicidio da ricever-

Digitized by Google

vicinus, qui habens stillicidium supra solum vicini: si solam inferius debet tantum servitutem stillicidii recipiendi, potest facere portam in muro proprio, causa veniendi ad istud solum pro suo stillicidio tantum, intellige quando potest esse aliqua necessitas, exemplum: quando sunt domus contiguae, et in medio earum casitant stillicidia, vel si a parte mea est domus cum stillicidio, et a parte vicini est murus distans forte per unum pedem vel duos (1): *nam tunc inter duos dictos parietes potest aqua marcescere et destruere fundamenta parietis. Nam hoc casu vel simili posset quilibet dominorum facere portam in muro suo causa veniendi ad illum ingressum, qui est inter utrumque vicinum, et ita alias vidi judicari. Sed si casitaret, istud est dubium: puta quia a parte mea stillicidium, a parte vicini est solum tantum, sive area domus suae, tunc non possum facere ostium sive portam causa veniendi ad solum seu aream vicini, et quatenus protendit rigor stillicidiorum meorum, per praedicta, ne etiam detur mihi occasio seu facilitas eundi per fundum vicini, quod non est permissum* (2), *nam per agrum alienum transire fas est, jus non est, et fas divina lex est, jus vero est humanum* (3).

III. *Alia est quaestio de solo publico hujusmodi. Quidam habet domum suam per directum versus viam publicam cum stillicidio protendente, puta per tres pedes supra solum publicum: vicinus habet aliam domum per indirectum a latere: vult facere ostium in muro suo proprio causa exeundi de domo sua per solum publicum, quod est sub stillicidio vicini sui, numquid possit? Et breviter dico, quod sic: nam licet vicinus habeat stillicidium super illa parte soli publicis tamen illud solum inf-*

tù. E perciò quello che dissi più sopra circa la parete od il muro, cioè che il vicino il quale ha lo stillicidio sopra il suolo d' un altro, qualora questo suolo sia obbligato alla sola servitù di riceverlo, può fare una porta nel proprio muro onde andare a quel suolo soltanto in causa del suo stillicidio, si deve intendere che proceda quando vi sia qualche necessità di andarvi, per esempio, quando le case sono contigue e gli stillicidii cadono nel mezzo di esse, oppur quando dalla mia parte è la casa collo stillicidio, e dalla parte del vicino v' ha un muro distante un piede o due per avventura; imperocchè allora l' acqua può marcire fra i detti due muri e corrodere le fondamenta di essi. Ed in questo caso od in simile, può ciascuno dei proprietarii costruire una porta nel proprio muro per andare in quella callaja che sta fra le due proprietà; e così altre volte ho veduto giudicare. Ma se lo stillicidio cadesse sull' altrui suolo od area, dubbioso sarebbe il decidere; per esempio, qualora dalla mia parte vi fosse lo stillicidio, e da quella del vicino soltanto il suolo o l' area della sua casa. In tal caso non potrei fare un'apertura o porta, onde andare al suolo od area del vicino per quanto si protenda il giusto limite de' miei stillicidii, in virtù delle predette cose; ed ancora perchè non mi fosse data occasione o facoltà di passare pel fondo del vicino, lo che è proibito, imperciocchè passare per l' altrui podere è bensì lecito, ma non è diritto, ed il lecito è legge divina, ma il diritto invece è cosa umana (*a*).

III. Altra questione di tal genere riguarda il suolo pubblico. Taluno ha la sua casa che guarda direttamente sulla via pubblica, collo stillicidio che sporge, a mo' di esempio, tre piedi sopra il pubblico suolo. Il suo vicino ha un' altra casa per traverso da lato, e vuol fare una porta nel suo proprio muro onde uscire dalla sua casa nel suolo pubblico, ch' è posto sotto lo stillicidio del suo vicino. Lo potrà forse? Brevemente rispondo che sì: imperocchè, sebbene il vicino abbia lo stillicidio sopra quella

Digitized by Google

supra solum publicum (1). *Sed de consuetudine servatur contrarium: quia quilibet porrigit stillicidia sua pro voluntate supra solum publicum: sicut dicit etiam gloss.* (2), *et per istam consuetudinem non sit, quod locus inferior sub stillicidio efficiatur illius, cujus est stillicidium: et ideo licitum est unicuique transire per dicta loca publica, quae sunt sub stillicidiis, et ita videmus per omnes observari.*

IV. *Ex hoc etiam sequitur aliud, quod non est licitum domino stillicidii claudere locum inferiorem sub stillicidio, neque ipsum occupare tamquam proprium, et ita alias in quaestione facti obtinui in civitate Veronae, quod est not.*

V. *Sed circa praedicta dubitare potest: quidam habebant unam domum, quam diviserunt: uni contingit in divisione una pars cum curia: alii alia pars domus quae dividitur pariete: dixi supra, quod in pariete illo non potest fieri ostium, quid si prius erat ostium in dicto pariete tempore divisionis, et nihil de ostio dictum fuit, vel est dictum quod stet clausum: an possit cogi, quod claudat pariete sive muro? Et videtur quod sic, ut tollatur domino ostii facultas veniendi ad aream vicini* (3). *Adde in contrarium, quod non possit cogi ad claudendum: quia nemo in suo labore cogitur* (4).

VI. *Sed si turbaverit vicinum in veniendo ex dicto ostio ad dictam curiam: videtur quod possit cogi ad cavendum de non veniendo amplius* (5). *In hoc puto sic esse considerandum. Aut est actum expresse tempore divisionis, quid sit faciendum de dicto ostio, et istud est servandum* (6). *Aut nihil est actum: et tunc aut nihil novi facit, neque turbavit vicinum: et hoc casu non tenetur ad aliud: quia divisio censetur esse facta, ut nihil novi fiat. Nemo enim in suo laborare cogitur regulariter, etiam si debeat servitutem* (7): *nisi in ser-*

ficii sul pubblico suolo; ma per la consuetudine si osserva il contrario; perchè ciascuno può a piacimento sporgere i suoi stillicidii sul suolo pubblico, come dice anche la glossa; e per sì fatta consuetudine non avviene che il luogo inferiore sottoposto allo stillicidio diventi di colui cui lo stillicidio appartiene; e però è permesso a chiunque passare pei detti pubblici luoghi che sottostanno agli stillicidii, come difatti vediamo essere da tutti praticato (*b*).

IV. Da ciò deriva altresì il corollario: che non è lecito al padrone dello stillicidio di chiudere il luogo a quello sottoposto, ned occuparlo come proprio; così altre volte ritenni in una questione di fatto in Verona; locchè deve notarsi (*c*).

V. Ma circa le predette cose si può dubitare. Certuni avevano una casa, la quale divisero; ad uno toccò in divisione una parte di essa col cortile; ad altro un' altra parte ch' è divisa mediante un muro. Dissi più sopra, che in quel muro non si può fare una porta; or che sarà di diritto, se prima, cioè nel tempo della divisione, v' era una porta nel detto muro, e nulla intorno a questa fu stabilito, oppure fu statuito che rimanga chiusa; potrà il suo padrone esser costretto ad otturarla col muro? Sembra che sì, affinchè sia tolta al padrone della porta la facoltà di andare all' area del vicino. Aggiungi in contrario che non può esser forzato a chiuderla; perchè non si può costringere alcuno a far qualche cosa (*d*).

VI. Ma se avrà turbato il vicino passando dalla detta porta all' indicato cortile? Sembra che possa esser costretto a mallevare di non andarvi più. In questo punto io credo che si debba ragionare così: O fu espressamente pattuito al tempo della divisione, che cosa far si debba circa la detta porta, e questo si deve osservare. O nulla fu stipulato, ed allora, o il padrone dell' uscio non fece novità, nè turbò il vicino; ed in questo caso non è tenuto ad altro, perchè la divisione si risguarda esser fatta affinchè nulla di nuovo si faccia. Ed in vero,

Digitized by Google

facit : puta quia aperiendo januam turbavit vicinum in ejus curia : et tunc aut debetur servitus, quia promisit non aperire ostium et semper tenere ipsum clausum ? et cavere cogitur de amplius non impediendo, seu turbando, vel de non aperiendo illud ostium (1). *Aut nulla servitus est promissa vel debita : et tunc etiam hoc casu post turbationem cogitur cavere, sicut in interdicto,* uti possidetis (2).

VII. *Nunquid autem dominus areae possit claudere aream vicini ex parte sua versus curiam, affigendo tabulas januae, ita quod dominus areae non possit exire in aream suam. Et dico quod non, imo si affixerit, poterit dominus januae propria authoritate removere* (3).

VIII. *Sed nunquid usufructuarius eidem possit aditum anteriorem vel posteriorem claudere ? Et dicas quod non* (4), *et ita tenet ibi Flor. qui dicit per illum text. quod usufruct. vel inquilinus aditum posteriorem non potest immutare, nec loca aperta claudere : propter refugium tempore necessitatum necessarium, ut aperiantur propter conservationem personae et rerum. Et ex hoc not. quod usufructuarius vel inquilinus non potest in domo fructuaria vel conducta facere ostium in porticu, si non est : nam vulgo dici solet, quod hujusmodi ostium domum destruit, vel si est, ipsum claudere non potest, quia praesumitur esse utile domui, ex quo factum est.*

IX. *Item nunquid janua ostii possit alicui legari vel capi pro pignore, vel in executione sententiae ? Et dicas quod non* (5); *facit ad hoc quod dixi in rubrica praecedenti* (6).

X. *Item notandum, quod non licet egredi civitatem aliunde quam per portas sub poena capitis,* text. est in l. fin. ff. de rerum divis. *de quo dicendum est, ut ibi, quia non est materia nostra.*

XI. *Ultimo adde praedictis, quod ali-*

peso. O fece qualche cosa di nuovo, verbigrazia, perchè aprendo la porta turbò il vicino nel suo cortile ; ed allora, od è dovuta una servitù, perchè promise di non aprire la porta e di tenerla sempre chiusa, ed è costretto a guarentire di non più impedire o turbare, ovverosia di non più aprire quella porta. Oppure nessuna servitù fu promessa od è dovuta, ed allora, eziandio in questo caso, è forzato a mallevare come nell' interdetto *Uti possidetis* (*e*).

VII. Il padrone del cortile potrà poi forse chiudere l'area del vicino dalla sua parte verso il cortile, otturando con tavole la porta, così che l'altro non possa escire dall' area sua ? Io dico che no, anzi se avrà affisse quelle tavole, il padrone della porta potrà torle via di propria autorità (*f*).

VIII. Ma forse l' usufruttuario potrà chiudere allo stesso l' entrata dinanzi o di dietro ? Rispondi che no, e così ritiene Floriano, il quale dice che l' usufruttuario o l' inquilino non può mutare in alcun modo l' entrata posteriore, nè chiudere i luoghi aperti, e ciò pel rifugio necessario in occasione di pericoli, affinchè si aprano per conservazione della persona e delle cose. E da ciò si ricava il notabile : che l' usufruttuario o l' inquilino non può aprire una porta nel portico della casa usufruita o condotta, se prima non vi sia ; imperocchè il volgo suol dire che sì fatta porta distrugge la casa ; oppure, si vi è, non può chiuderla, perchè si presume esser utile alla casa dacchè fu fatta (*g*).

IX. Del pari la porta dell' entrata potrà forse esser legata ad alcuno, o presa in pegno od in esecuzione di una sentenza ? Rispondi che no. Giova a questo punto ciò che dissi nella rubrica precedente (*h*).

X. Del pari deve notarsi che non è lecito uscire di città per altri siti, tranne che per le porte, sotto pena del capo ; intorno alla qual cosa dee dirsi come il testo della legge fin. *ff. de rerum divis.*, perchè non è materia nostra (*i*).

XI. Infine, aggiungi a quanto fu detto,

Digitized by Google

mus, per quod habetur aditus, et tecto coopertum est ut vestimento, sicut homo vestimento tegitur: ut est text. cum gl. in l. arbor. § de vestibulo. communi dividun. *et ibi de hoc not. et habetur per Bart.* (1).

(1) *In l. damni, § cum pariet, de damno infect.*

(*) *Consustud.* Quot actus requiruntur, ut quis dicatur habere aliquid in consuetudinem? Respond. quod in civilibus requiritur quod sint tot actus, quot faciunt praescriptionem: nam tres actus aut quatuor non faciunt consuetudinem, nisi sic legitime praescripta (1). Verum est quod duo vel tres actus tuentur aliquem in possessione quousque sit dubium (2). In criminalibus vero introducitur per binum actum (3); vide etiam Corn. 1. *vol. cons.* 89. *et in* 2. *vol. cons.* 90. *in* 3. *vol, col.* 179.

(1) *Ut not. gloss. in d. c. cum ecclesia, de causa possess. et proprict.*
(2) 17. *quaest.* 2. *servitutum.*

pel quale si ha l' accesso, ed è coperto di tetto a guisa di vestimento, nello stesso modo che l' uomo è coperto di vesti; e di ciò v' ha un notabile nella legge *arbor § de vestibulo ff. Comm. dividundo*, colla glossa, e ne tratta anche Bartolo (*k*).

(*) *Consuetudine.* Quanti atti abbisognano, affinchè si dica che alcuno ha qualche cosa per consuetudine? Rispondi che negli affari civili occorre che sieno tanti atti, quanti servono a formare la prescrizione; imperocchè tre o quattro atti non fanno consuetudine, se non sia legittimamente prescritta. È vero però che due o tre atti bastano a proteggere il possesso di alcuno, fino a che vi sia dubbio. Negli affari criminali poi la consuetudine s' introduce mediante due atti, vedi Corneo *vol.* 1, *cons.* 89 e *vol.* 2, *cons.* 90, *e vol.* 3, *col.* 179.

(3) *FF. de inoffic. testam. l. nam et his, ff. ad Syl. l. si quis § quod sub eodem tecto.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XLII.

(*a*) 1.° Taluno è proprietario di un muro che fronteggia il sito ove passa, si ferma, radunasi il pubblico, come p. e. una piazza od una pubblica via.

Potrà formare in quel muro una porta onde accedere a quel pubblico sito?

Per quello che ho detto nell' annotazione *b* al Capo XLI intorno allo sporgimento del tetto della propria casa su quel pubblico sito potrà formarla col permesso dell' autorità politico-amministrativa ed in guisa da non arrecar danno ai vicini.

E parmi che potrà formarla, e quando il muro abbia e quando non abbia sul pubblico sito, tetto, stillicidio, travi.

2.° Intorno alla quistione, se taluno formar possa nel proprio muro una porta verso il terreno o l' edifizio del vicino malgrado di questo, mi riferisco a quello che ho detto nell' annotazione *f* al Capo XL.

Ritengo naturalmente in questo caso che il terreno, il quale si estende fino a quel muro, sia del vicino.

Ora o su quel terreno il padrone del muro fa cadere il proprio stillicidio a titolo di servitù e pei riguardi di questa servitù ha necessità di accedervi, ed allora potrà formare in quel muro la porta onde servire a quei riguardi. Ma se non ha su quel terreno diritto anche a passaggio, non potrà servirsi della porta onde esercitarlo.

O su quel terreno il padrone del muro non fa cadere il proprio stillicidio, ovvero ve lo fa cadere, ma pei riguardi di esso non gli è necessario l' accesso sul terreno stesso, nè gli spetta d' altronde nemmeno diritto a passaggio, ed allora potrà bensì formare, come ho detto nella suddetta annotazione *f*, nel proprio muro una porta, ma dovrà tenerla continuamente, perfettamente chiusa, sicchè gli sia impedito di usarne per procurarsi qua-

Digitized by Google

(*b*) Per quello che ho detto e come ho detto al n. 1 della precedente annotazione ognuno può formare una porta nel proprio muro fronteggiante il sito pubblico, del quale ivi ho parlato.

Può formarvela anche se su quel sito pubblico cadesse lo stillicidio di un muro altrui, anche sotto quello stillicidio.

Formandola ei non recherebbe danno al proprietario di questo ultimo muro.

Invece, passando per quella porta sotto lo stillicidio altrui, recherebbe piuttosto danno a sè stesso.

Veggasi del resto anche l' annotazione *b* al Capo XLI richiamata al n. 1 dell' annotazione *a* al presente Capo.

(*c*) Se il padrone dello stillicidio è anche proprietario del terreno sul quale cade, ei può chiudere quel terreno ed usarne appunto pel suo diritto di proprietà.

Ma se quel sito fosse di altri, allora non potrebbe nè chiuderlo, nè occuparlo, nè usarne fuori dei riguardi del proprio stillicidio se non ne avesse specialmente acquistato il diritto, perchè senza questo diritto non potrebbe invadere la proprietà altrui.

(*d*) Due fratelli erano proprietarii in comune di una casa con annessovi cortile.

Si divisero amichevolmente quell' immobile senza intervento di giudice o di arbitro.

Ad uno toccò in sorte la prima parte della casa col cortile.

All' altro la seconda parte separata dalla prima mediante muro.

In questo muro esiste ovvero non esiste una porta procurante alla seconda parte di casa accesso alla prima parte ed al cortile.

Se la porta esiste, avrà il proprietario della seconda parte di casa diritto di accedere per essa alla prima parte ed al cortile?

Se non esiste avrà quel proprietario diritto di formarne una nel proprio muro per procurarsi quell' accesso?

1.° Nel caso in cui quell' accesso gli fosse indispensabile per entrare nella propria parte di casa ed uscirne, non posso, in via ordinaria, supporre che nella divisione abbia aderito a privarsene, coll' obbligarsi ad otturare la porta del proprio muro se esiste, o a non formarne una se non esiste.

Suppongo invece o che si sia riservato quell'indispensabile accesso, o che la divisione taccia del tutto su esso e sulla porta.

Riservatoselo, è chiaro che per averlo non dovrà otturare la porta se esiste, e potrà formarne una se non esiste.

Tacendo poi del tutto la divisione sull' accesso e sulla porta, allora, per quello che ho detto nell' annotazione *c* al Capo XXXVIII, parmi che quell' accesso dovesse essergli accordato e che, ottenutolo, non dovrebbe otturare la porta se esiste, e potrebbe formarne una nel suo muro se non esiste, onde usarne.

2.° Nel caso poi in cui quell' accesso non fosse indispensabile al proprietario della seconda parte di casa, allora od ha o non ha all' atto della divisione o dopo acquistato secondo i Codici Napoleone ed austriaco la servitù attiva di accedere alla prima parte della suddetta casa ed all' annessovi cortile.

Se l' ha acquistata, siccome la porta è mezzo per esercitarla, non dovrà otturarla se esiste ed avrà diritto di formarne una se non esiste onde appunto mediante quella porta esercitarla.

Esercitandola poi dovrà farlo nel modo il meno incomodo pel fondo serviente, come ho detto nell' annotazione *b* al suddetto Capo XXXVIII.

Digitized by Google

Invece il proprietario del muro ha per quella porta diritto di accesso e passaggio nel cortile del vicino, ma non lo ha mai esercitato.

Sicchè il vicino è al possesso della libertà del proprio cortile da quell' accesso e passaggio.

Il proprietario del muro esercita una prima volta il suo diritto di accesso e di passaggio.

Può il vicino agire contro di lui, conformandosi alla sovrana Risoluzione 22 giugno 1825 per titolo di turbato possesso?

A dir vero mi sembra di sì.

Ei trovasi in istato di ultimo possesso di fatto della libertà del proprio cortile dalla servitù di accesso e di passaggio.

In questo ultimo possesso di fatto l' altro lo turba.

Dunque può agire per turbato possesso.

E può agire in tal via:

a) perchè da un lato, pei §§ 5 e 15 della suddetta sovrana Risoluzione, non trattasi in tal caso se non della indagine e della prova materiale dell' ultimo possesso di fatto e del turbamento, e qui l' ultimo possesso di fatto della libertà del cortile dalla servitù dell' accesso e del passaggio esiste a favore del vicino proprietario di quel cortile ed esso in quel suo possesso fu turbato;

b) perchè dall' altro lato il giudice non dee che proteggere e restituire quell'ultimo materiale possesso turbato con decisione che dà una norma soltanto provvisionale e che non toglie al proprietario del muro al quale spetta diritto di accesso e passaggio di far valere quella sua prevalente azione nelle vie possessoria ordinaria o petitoria, delle quali ho parlato nell' annotazione *d* al suddetto Capo II.

(*f*) La porta esistente nel suddetto muro rimaner doveva otturata, ed il proprietario di essa l' ha aperta.

Può il proprietario del cortile otturarla di nuovo di sua autorità?

E se così l'ha otturata, può il proprietario del muro pure di sua autorità dischiuderla un' altra volta?

In questi due casi si tratta di farsi giustizia da sè con preterizione delle autorità stabilite dalla legge perchè la rendano.

Sono quindi ad essi applicabili le osservazioni che ho fatto in proposito della immissione della trave nell' annotazione *g* al Capo XXX.

(*g*) Chi ha soltanto diritto di usufrutto su una casa non può in essa nè formare porte nuove, nè otturare le già formate per le stesse ragioni per le quali nell' annotazione *k* al Capo XXXIX ho detto, non poter egli ergere un edifizio sull'area nuda altrui, della quale ha appunto il solo usufrutto.

(*h*) Alla quistione se le imposte (battenti) di una porta possano sole essere lasciate in legato od oppignorate per un credito avente esecuzione parata, sono applicabili le osservazioni che ho fatto sui materiali del tetto nelle annotazioni *h*, *i* al Capo XLI.

(*i*) Questa non è materia attinente alle servitù.

Digitized by Google

CAPUT XLIII.

DE ADITU SEU ITINERE.

Promiserit si mihi quispiam, ut per aream suam in domum meam vel ex domo mea per aream suam, ire possum: nec de plano aditus sit, quoniam area sua domo mea altior est, an scalas vel gradus, aut clivos in meo, vel in suo facere debeam.

Si quis mihi promisit ut per aream suam in domum meam, vel ex domo mea per aream suam ire, agere possim, nec de plano aditus sit, quia area sua est altior domo mea, an scalas vel gradus aut clivos facere debeam in meo vel suo? Et videtur quod in meo, quia solum est facta promissio, quod possim ire vel agere per fundum suum: non autem quod in suo possim aliquid facere (1). *Tamen contrarium est dicendum, videlicet quod scalas sive gradus aut clivos prope januam meam in solo vicini jure facere possim, dummodo ne quid ultra quam necessarium esset, causa itineris demoliatur* (2), *et est ratio, quia si iter debetur, quia promissum est vel legatum in ea parte, qua nisi opere facto iri non possit, licet fodiendo et subtrahendo iter facere* (3). *Et quia ista materia itineris seu aditus*

CAPO XLIII.

DELL' ACCESSO O PASSAGGIO.

Se, qualora taluno mi abbia concesso ch' io possa andare alla mia casa per l' area sua od escire dalla mia casa per la sua area, nè vi sia accesso nel pianterreno, perchè l' area sua è più alta della mia casa, io debba fare, nel mio o nel suo, le scale od i gradini od i pendii.

Se taluno mi concesse ch' io possa passare e condurre dalla mia casa od alla mia casa per l' area sua, nè vi sia accesso nel piano terreno, perchè l' area sua è più alta della mia casa, sarò io tenuto a fabbricare nel mio, o nel suo, le scale od i gradini od i pendii? Sembra ch' io debba farli nel mio, perchè fu soltanto conceduto ch' io possa passare e condurre pel suo fondo; non già che io possa far in esso qualche cosa. Nondimeno si deve dire l' opposto, cioè ch' io possa fare di diritto le scale, i gradini od il pendio dappresso alla mia porta nel suolo del vicino, purchè a cagion del passaggio nulla demolisca di più di ciò che sarebbe necessario. E la ragione si è: che se il passaggio è dovuto, esso fu promesso o legato in parte ove non si può andare se non dopo che fu eseguito il lavoro; e che, come dicono i testi, è lecito formare il passaggio

Digitized by Google

libro, in rubr. de servitute itineris, ubi plura dicemus: ei adde quae dixi in praeced. rub. (1), *et not. per Bart. et Dd.* (2).

(1) *In vers. sed nunquid aditus.*
(2) *In l. quod conclave in fin. de damn. infect.*

seguente, nella rubrica della servitù del passaggio, ove dirò parecchie cose. Aggiungi poi ciò che dissi nella rubrica precedente, e ciò che notano Bartolo ed i Dottori in proposito (*a*).

et quod not. in c. unico, de consecr. ecclesiae vel altar. lib. 6.

ANNOTAZIONI AL CAPO XLIII.

(*a*) Taluno mi accordò diritto di passare per la sua area perchè io possa entrare nella mia casa che le è contigua o vicina, ed uscirne.

Quell' area altrui è più alta della mia casa.

Non posso quindi accedere da questa a quella senza l' intermedio di gradini, di una scala, di una via di ascesa e di discesa.

Queste opere mi sono necessarie onde usare dell' accordatomi diritto.

Esse sono mezzi onde io possa usarne.

Accordatomi il diritto di passare, ch' è il fine, mi sono accordate anche quelle opere che sono mezzi onde ottenere quel fine.

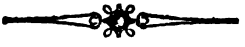
In regola, io deggio costruire quelle opere a mie spese, come ho detto nell' annotazione *c* al Capo XXIII.

Ma l' autore domanda se dovrò costruirle sul mio o sull' altrui.

Ed io rispondo che dovrò costruirle o sul mio, o sull' altrui, o sul mio e sull' altrui insieme, secondo che ciò sia necessario per la situazione dei luoghi, ritenuto sempre, come ho detto nella suddetta annotazione, non poter io mediante esse rendere più onerosa la condizione del fondo serviente.

Nel caso presente naturalmente suppongo che fra l' area altrui e la mia casa non esista un fondo di terzi.

Se esistesse, dovrei avere acquistato od avere diritto di passaggio per esso e potrebbe darsi il caso che su esso dovessero essere da me costruite quelle opere.



Digitized by Google

CAPUT XLIV.

DE CLAUSTRO SEU CONCLAVI.

I. *Claustrum unde dicatur.* — II. *Conclave in neutro genere, vel conclavis in foemININO, quid sit.* — III. *Porticus quid proprie dicatur.* — IV. *Homini privato an super locis publicis versus vias publicas aedificare licitum sit: sicut communiter reperiuntur Paduae et Bononiae.* — V. *Domus appellatione an porticus contineatur.* — VI. *Statutum si puniat committentem maleficium in domo vel inventum extra domum, an porticus etiam comprehendatur.* — VII. *Duas domos si habeam habentes claustrum vel porticum communem in illarum aedium medio: et unam simpliciter vendam et aliam retineam: cujus erit ipsum claustrum.* — VIII. *Porticum vel claustrum cooperientem solum suum si quis habeat, et in alieno requiescat, an dominium ejus suum sit.* — IX. *Porticum vel claustrum cum columnis si quispiam facere velit, an possit imponere columnas, quae unius ecclesiae fuerunt.*

Sciendum est in primis, quid sit claustrum, conclave et porticus.

I. *Claustrum dicitur quasi claudens, sive clam stans: id est, privans habitantes in eo, ne passim vagari liceat: ita not. Archid.* (1), *et est locus religiosus* (2): *et idem not. ipse Archid.* (3), *ubi etiam dicit, quod hoc dictum a quodam animali,*

CAPO XLIV.

DEL CHIOSTRO OSSIA DEL CONCLAVE.

I. Perchè il *chiostro* così s'appelli. — II. Che sia *conclave* nel genere neutro e *conclave* nel femminino. — III. Che cosa veramente s'appelli *portico?* — IV. Se sia permesso ad un privato fabbricare sopra luoghi pubblici lungo le vie pubbliche, come ordinariamente si trova accadere in Padova ed in Bologna. — V. Se nel nome di casa sia compreso anche il portico? — VI. Se, qualora lo statuto punisce un reo di delitto commesso in casa od un reo trovato fuori di casa, si ritenga compreso in questa anche il portico? — VII. Se io ho due case aventi il chiostro od il portico comune nel mezzo di esse, ed una ne venda semplicemente, l'altra ritenga, a quale di esse spetterà il detto chiostro? — VIII. Se, qualora taluno abbia il portico od il chiostro che copre il suo suolo e poggia sull'altrui, a lui pure spetti la proprietà di quello? — IX. Se, qualora taluno vuol fabbricare un portico od un chiostro sostenuto da colonne, possa adoperare colonne che appartennero ad una chiesa?

Innanzi tutto è d'uopo sapere che cosa siano chiostro, conclavio e portico.

I. Chiostro (*claustrum*) così s'appella come chiudente (*claudens*), ovvero, che sta celato (*clam stans*); cioè che toglie a quelli che lo abitano la libertà di vagare qua e colà. Così nota l'Arcidiacono, ed è luogo religioso, secondo lo stesso; il qual dice ancora che trasse suo nome da cer-

Digitized by Google

II. *Conclave in neutro genere: vel conclavis in foeminino, dicitur cella vel camera secreta, vel clave alterius domus clausa, vel quae sub multis clavibus continetur, vel ad quam per multas claves venitur. Alibi dicitur conclave curia seu porticus inter duas domos* (1). *Alibi sumitur pro dormitorio* (2), *vel secundum Bart.* (3), *conclave dicitur domus discooperta inter duas domos in quodam solario supra terram: ut accipitur hic. Item potest dici camera bene formata cum clavi* (4): *et ita etiam potest capi* d. leg. quod conclave (5).

III. *Porticus vero dicitur locus coopertus desuper, discoopertus ante, et hoc modo accipitur* in d. l. quod conclave. et in l. caetera § senatus, de leg. 1, *secundum Bart.* (6), *qui etiam dicit quod moeniana, quae in vulgari proferculs dicuntur, possunt dici porticus, et hoc modo accipitur secundum gloss.* (7).

IV. *Circa porticum primo quaero, an sit licitum homini privato aedificare super locis publicis, versus vias publicas, sicut communiter reperiuntur Paduae et Bononiae. Et de jure dico, quod non, quia in loco publico non est licitum privato aedificare* (8). *Sed de consuetudine servatur contrarium, quae praevalet in locis ubi est* (9), *et in hoc modus consuetudinis est servandus* (10).

V. *Secundo quaero, nunquid appellatione domus contineatur porticus: et videtur quod sic*, per l. caetera, § hoc senatus de legat. 1, *ubi aedes et porticus aequiparantur. Et sic facit ut statutum puniens existentes extra domum de nocte, sine lumine, non intelligatur punire existentes in porticu, secundum Bald. ibid. ad idem videtur esse text.* (11). *Sed certe in contrarium videtur facere textus*, in l. inter caetera § hoc senatus de legat. 1, *ubi aedes*

II. Conclavio in genere neutro, od in femminino, si chiama quella cella o camera segreta, ch'è chiusa colla chiave di un'altra casa, o ch'è serrata con molte chiavi, od alla quale si perviene per molte chiavi. Altrove ne'testi s'appella conclavio la corte od il portico sito fra due case; altrove si piglia per dormitorio; oppure, secondo Bartolo, conclavio si chiama quella casa scoperta, posta fra due altre case in un certo solajo sopra terra, come qui si riguarda. Parimente così può chiamarsi una camera ben fatta e con chiave, e in questo senso può essere inteso nella legge *quod conclave ff. de damno infect.* (*a*).

III. Portico poi veramente si dice quel luogo ch'è coperto di sopra e scoperto dinanzi, ed in questo senso è considerato nella detta legge *quod conclave* e nella legge *caetera § senatus ff. de leg.* 1, giusta opinione di Bartolo; il quale dice eziandio che i *moeniana*, i quali volgarmente s'appellano poggiuoli, possono chiamarsi portici, come sono intesi dalla glossa (*b*).

IV. Rispetto al portico, io chieggo primamente se sia lecito ad un uomo privato fabbricare sopra luoghi pubblici verso le pubbliche strade, come ordinariamente si vede succedere in Padova ed in Bologna? E rispondo che per diritto no, avvegnachè non è lecito al privato fabbricare in luogo pubblico. Ma per consuetudine s'osserva l'opposto, la qual consuetudine ha luogo dove esiste, ed in essa dee seguirsi il modo (*c*).

V. In secondo luogo dimando se nel nome di casa sia compreso anche il portico? E sembra che sì, in forza della legge *caetera § senatus ff. de legatis* 1, nella quale casa e portico si agguagliano. Donde segue che lo statuto, il quale punisce coloro che stanno fuori di casa la notte senza lume, non s'intenda punire quelli che stanno nel portico, giusta il parere di Baldo. Ma certamente quest'avviso sembra avversato dal testo della citata legge *caetera § senatus*

Digitized by Google

et pariete (1), *sed porticus non est hujusmodi* (2). *In hoc puto sic esse distinguendum: aut porticus est conjuncta domui, et ei affixa, et tunc appellatione domus continentur* (3). *Aut non est conjuncta vel affixa domui: et tunc secus, per praedicta.*

VI. *Et ex hoc infero ad decisionem statuti punientis committentem maleficium* (*) *in domo, vel inventum extra domum, an comprehendatur porticus: quia aut est extra domum, et non conjuncta vel affixa domui, et nullo modo comprehenditur: aut est conjuncta vel affixa domui, et tunc aut statutum loquitur per dictionem, in: puta, quia dicit, qui delinquit in domo: et tunc non comprehenditur porticus: quia dictio,* in, *significat in loco, et requirit tactum loci* (4). *Nam aliud est porticus proprie, dato quod sit conjuncta domui: aliud est ipsa domus, intelligendo de porticu inferiori, id est, discooperto ante: secus in superiori parte supra porticum, in qua habitatur: quia illa dicitur proprie domus, et hoc facit* l. fistulam de servit. urb. praed., *et quod ibi notat Bald. et Flor. per illum textum, qui dicunt, quod non est idem juris, ut de scalis et de muro: unde scalae quae sunt foris extra ostium, non continentur appellatione domus, et sic maleficium, quod sit in scalis exterioribus, non videtur esse factum in domo. Aut statutum loquitur per dictionem* ad: *puta si quis fecerit insultum ad domum, tunc comprehenditur etiam facienS sub porticu: quia dicitur esse ad domum; id est, juxta domum, per not. per gloss. et Dd.* (5); *de ista quaestione, vide plene per Albericum de Rosa* (6).

VII. *Tertio quaero, habeo duas domus habentes claustrum vel porticum communem in medio illarum aedium: unam simpliciter vendo, et aliam retineo, cujus exit*

muri, ma non già il portico. Circa ciò io credo che si debba distinguere in questo modo: od il portico è congiunto alla casa e ad essa attaccato, ed allora è compreso nel nome di casa; o non è congiunto, ned attaccato ad essa, ed allora altrimenti, per le cose predette.

VI. Da ciò pure traggo argomento ad indagare se nella disposizione dello statuto che punisce colui che commette un delitto (*) in casa od è trovato fuori di casa, sia compreso anche il portico? Imperocchè questo, od è sito fuori della casa, ned è congiunto od attaccato alla stessa, ed allora in niun modo è compreso; od è congiunto ed attaccato alla casa, ed allora, o lo statuto fa uso della preposizione *in*, per esempio, perchè dice: *colui che delinque in casa*, ed in tal caso non sarà compreso, perchè la dizione *in* significa *nel luogo*, e richiede il toccamento del luogo. Avvegnachè altro è il portico propriamente detto, posto che sia congiunto alla casa, ed altro è la stessa casa; intendendo parlare del portico sottostante, cioè, scoperto dinanzi, non già della parte che sovrasta al portico, nella quale si abita, e che propriamente dicesi casa. A favore di questa distinzione sta il testo della legge *fistulam ff. De serv. urb. praed.*, e ciò che sovr'essa notano Baldo e Floriano, i quali dicono che non è lo stesso giuridicamente, come delle scale e del muro; laonde le scale che stanno all' aperto fuori della porta non si comprendono nel nome di casa, e però il delitto che si commette nelle scale esterne non si riguarda commesso in casa. Oppure lo statuto parla colla voce *a*, verbigrazia, *se alcuno avrà fatto insulto alla casa*; ed allora è compreso anche chi lo fa sotto il portico; perchè si dice esser fatto *alla* casa, cioè presso alla casa; siccome notano la glossa e i Dottori, e circa tale questione consulta pienamente Alberico da Rosate (*d*).

VII. In terzo luogo dimando: io possedo due case aventi il chiostro o portico comune nel mezzo di esse; una ne vendo semplicemente, l' altra invece conservo: di chi

Digitized by Google

ita not. dicit Bart. in d. l. quod conclave (1), *facit pro hoc quod not. Bald.* (2). *Sed Angel.* in l. quod conclave, *dicit hoc procedere, quando in utraque domo esset ostium, per quod devenitur in dictum claustrum, et exitur, sed si in una domorum tantum esset ostium, per quod intratur, et exitur in claustrum seu porticum: tunc claustrum seu porticus erit illius tantum cujus est domus ostium habens, quod tene menti.*

VIII. *Quarto quaero, quis habet porticum vel claustrum cooperiens solum suum, et requiescit in alieno, an dominium* (**) *ejus sit suum? Dic breviter, quod si ista duo concurrunt, scilicet quod cooperiat solum suum et requiescat in alieno jure servitutis, tunc claustrum sive porticus dicitur suum* (3): *secundum Bart., Ang. et Doct. ibi alias si ista duo non concurrant, esset illius in cujus solo requiescit* (4).

IX. *Quinto et ultimo quaero, quis vult facere porticum seu claustrum cum columnis, an possit imponere columnas, quae fuerunt unius ecclesiae. Et dicas breviter, quod si est porticus seu claustrum privati hominis, seu laici, et non potest* (5); *sed si esset porticus seu claustrum alterius ecclesiae vel monasterii, sic.* (6).

(1) *Per illum text. cum gloss. fin. quae incipit, per hoc apparet.*

(2) *In c. 1. § si quis de manso in 5. col. verb. quid si quaedam platevola est in medio, in tit. de controvers. in vest. in usib. feudor.*

(3) *Ut d. l. quod conclave.*

(4) *L. quemadm. § fin. ad leg. Aquil.* secundum Doct. *in. d. l. quod conclave, quod est not.*

(*) *Maleficium.* Maleficium dicitur quodcumque crimen, ut furtum, rapina, et hujusmodi (1). Est etiam quasi maleficium, nocumentum quod sit proximo praeter propositum (2).

(**) *Dominium.* Dominium est jus habendi, possidendi, fruendi et utendi ac disponendi de aliqua re pro libito voluntatis, vel secundum aliquem determinatum modum a quadam superioritate vel authoritate diffinitum, et vide Alex. *in 3. parte summae, et*

dal lato mio sarà mia. Così nota Bartolo sulla legge *quod conclave*, e giova a tal uopo anche ciò che osserva Baldo. Ma Angelo sulla stessa legge dice che questo avviene, quando in entrambe le case vi ha un uscio pel quale si giunge al detto chiostro e si esce, ma se in una casa soltanto vi fosse un uscio pel quale si entrasse ed uscisse dal detto chiostro o portico, allora questo sarà di quegli al quale appartiene la casa avente l'uscio; lo che devi ricordare (*e*).

VIII. Chieggo in quarto luogo: Certuno ha un portico o chiostro, che copre il suo suolo e poggia sull'altrui; tale portico sarà forse sua proprietà (**)? Rispondi brevemente, che se concorrono questi due requisiti, cioè che copra il suo suolo e riposi sull'altrui per diritto di servitù, allora si dirà ch'esso è suo, giusta il sentimento di Bartolo, di Angelo e dei Dottori; altrimenti, qualora non concorressero i detti due requisiti, sarebbe di colui nel suolo del quale riposa (*f*).

IX. In quinto ed ultimo luogo dimando: Taluno vuol fabbricare un portico o chiostro sostenuto da colonne; potrà egli porre colonne che furono già di una chiesa? Rispondi brevemente, che se è chiostro o portico di uomo privato o laico, allora nol può; ma se fosse portico di un'altra chiesa o monastero, si potrebbero porre (*g*).

(5) *Text. est cum gloss. in c. ligna in fin. de consecrat. dist. 1. et habetur in c. cum ad haec, de relig. dom.*

(6) *Ut est text. in d. c. ligna, et in c. seq. et ibi per Archid. et habetur per Dd. in d. c. ad haec per Alber. de Ros. in auth. multo magis de sacros. eccles.*

(*) *Maleficio.* Maleficio si appella qualunque delitto, come il furto, la rapina e simili. È altresì quasi-maleficio quel danno che si fa al prossimo oltre il proposito.

(**) *Dominio.* Dominio è il diritto di avere, possedere, fruire, usare e disporre di alcuna cosa a piacimento, oppur secondo qualche modo determinato o prefisso da certa superiorità od autorità. Vedi Alessandro *nella 3 parte della somma. Cornao solum. 1.*

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO XLIV.

(*a*) Quelli fra i miei lettori che non sieno architetti e che ricorrere non vogliono a libri di architettura ed a persone di quest' arte troveranno la definizione del chiostro e del conclave anche nella Enciclopedia italiana del veneziano editore Tasso alle relative voci.

(*b*) Veggasi una definizione del portico anche nella Enciclopedia francese pubblicata nello scorso secolo dal Diderot e dal d'Alembert alla voce *Portique*.

Altra definizione del portico trovasi nella suddetta Enciclopedia italiana del Tasso alla voce *Loggia*.

Su questa ultima definizione troverei di osservare, non essere sempre la loggia come portico, a giorno da un lato solo.

P. e, la loggia o portico che a Venezia forma, per così dire, la punta estrema sull'acqua dell' edifizio della dogana della Salute è a giorno ossia aperta da tre lati.

Di logge parla anche la traduzione italiana dell' art. 678 del Codice Napoleone.

Il testo francese le chiama *balcons*; la traduzione latina *pensiones*.

Parmi che sotto il nome di logge il suddetto articolo indicar voglia quegli sporti che noi chiamiamo *poggiuoli* e non quelle logge che corrispondono ai portici.

Questi portici poi ponno essere pubblici o privati.

Sotto i portici privati può correre una via pubblica ovvero una via privata gravata di servitù a favore del pubblico.

(*c*) Non vedrei perchè un privato, col permesso dell' autorità politico-amministrativa ed alle condizioni da essa prescritte, non potesse costruire un portico su sito serviente ad uso pubblico, come p. e. su una pubblica via.

Noto però che ora nelle nostre città, piuttosto che costruire nuovi portici di edifizii privati sulle pubbliche vie, i vecchi portici vanno togliendosi onde rendere più ariosi e spaziosi quei pubblici siti.

(*d*) Un portico che formi parte integrante del corpo di una casa e spetti al proprietario di essa mi sembra necessariamente nel nome di quella casa compreso.

P. e. costruisco sul mio fondo una casa nel corpo della quale forma un portico.

Poscia la vendo senza parlare del portico. Nella vendita parmi anch' esso compreso.

Ma se il portico esistente nel corpo della casa fosse d'altri, come p. e. se io la avessi costruito sulla via pubblica, e sovrapponendovi la mia casa fosse stato stabilito ch' esso rimanere dovesse proprietà pubblica, allora non sarebbe compreso nel nome della casa.

Vendendo questa non venderei anche il portico altrui.

Esso non mi sembrerebbe egualmente compreso nel nome della casa quando non esistendo nel corpo di essa formasse un secondo fabbricato o disgiuntone od attaccatone soltanto da uno dei lati e non servisse come accessorio all' uso continuo della casa come principale, ossia non fosse, come dice il § 294 del Codice austriaco, pertinenza di essa.

Se poi ne fosse pertinenza, come se p. e. essendo chiuso da cancelli servisse di cantina, legnaja, scuderia alla casa, allora potrebbe dirsi essere compreso nel nome di essa.

Nel primo caso, venduta la casa senza parlare del portico, questo non si riterrebbe venduto.

Digitized by Google

Ne vendo una senza assegnare ad essa, ovvero all' altra che mi resta, il portico.

Di chi sarà esso?

Servendo esso continuamente ad ambedue le case che vi hanno accesso ed essendo ad esse continuamente connesso, pare chè specialmente pel § 294 del Codice austriaco dovesse considerarsi come pertinenza di ambedue.

Sarebbe dunque ad ambedue comune e sarebbe tra esse divisibile per metà, come dice l' autore, quando la comunione cessasse in uno dei modi nei quali nel caso concreto può essere sciolta secondo i Capitoli XVI e XXVII del Codice austriaco, e secondo gli art. 1865-1872 del Codice Napoleone, articoli che sebbene contemplino la comunione per patto, ai sembrerebbero applicabili anche alla comunione, che qui sarebbe sorta per effetto della legge sulle pertinenze, fra il compratore della prima e' ne proprietario della seconda casa in riguardo a quel portico.

Veggasi poi quello che ho detto intorno all' orto o giardino annesso ad una casa nell' annotazione b al Capo VI ed intorno all' altana comune a due case nell' annotazione e al Capo XXXVIII.

(f) Io posseggo un portico che copre il mio suolo, ma i sostegni del quale sono piantati sul suolo altrui.

Sarà esso mio o del proprietario del suolo sul quale quei sostegni sono piantati?

A mio favore sta il possesso di quell' edifizio.

Per l' art. 2230 del Codice Napoleone si presume legalmente fino a prova contraria che io lo posseggo per me stesso ed a titolo di proprietà.

E pel § 323 del Codice austriaco sta a mio favore la presunzione legale di un titolo valido.

Cioè il mio possesso, ch'è presunto sorretto da titolo valido, dee pel § 316 considerarsi sino a prova contraria legittimo.

Io dunque pel § 309 tengo fino a quella prova contraria, nella mia qualità di possessore legittimamente il portico come mio, come mia proprietà.

Per ambi i Codici dunque quel portico da me posseduto è legalmente presunto mia proprietà.

Se il proprietario del suolo sul quale sono piantati i sostegni di quel portico lo vuole invece proprietà sua, dovrà, contro la presunzione legale che sta a mio favore, provare in modo egualmente legale la sua proprietà.

(g) Io, private, voglio fabbricarmi un portico sostenuto da colonne.

Potrò adoperare colonne di una chiesa?

Come ho detto nell' annotazione c al Capo XVI l' edifizio di una chiesa finchè è destinato al culto divino, destinazione questa che ottiene mediante la consagrazione, è cosa fuor di commercio.

Se è fuor di commercio l' intiero edifizio, pare che lo sieno anche le colonne come parte di quel tutto.

Dunque fin che la chiesa rimane destinata al culto divino (cosa sagra consacrata), parmi che non potrei levarne ed adoperarne le colonne per costruire quel mio portico.

Ma tolta la chiesa alla sagra sua destinazione, o mediante la sconsagrazione o per una di quelle cause che secondo i sagri canoni avessero fatto cessare l' effetto della consagrazione e questa non fosse stata rinnovata, allora dichiarerei io sempre di rispettare

Digitized by Google

CAPUT XLV.

DE PENU.

I. *Penum subterraneam si quispiam habeat, quod a parte superiori in solo publico lumen recipere velit, nunquid possit.* — II. *Penum subterraneam si quispiam facere velit et fodere subtus solum publicum, vel domum vicini, nunquid possit.* — III. *Penum subterraneam si velim facere quatenus se protendit solum meum, usque ad finem soli vicini, nunquid possim.*

I. *Quidam habet penum subterraneam, vult recipere lumen a parte superiori in solo publico; nunquid possit? Et videtur quod non: quia in alieno quis non potest facere fenestram* (1). *Item quia non potest in re communi facere invito socio* (2). *Item quia in solo publico non est licitum aedificare* (3): *et istud teneo de jure: sed de consuetudine vidi servari contrarium: quia quilibet pro libito voluntatis recipit lumen penoris ex solo publico: quae consuetudo servanda est* (4). *Credo tamen, quod per judicem cogi possit ad faciendum ferratum desuper, vel aliam cooperturam de ligno propter transeuntes* (5), *et ita observatur in civitate Veronae.*

II. *Quid si unus vult facere penum subterraneam, et fodere subtus solum publicum, vel domum vicini, nunquid possit? et dicas quod non: quia sicut solum*

CAPO XLV.

DELLA CANTINA.

I. Se, qualora alcuno abbia una cantina sotterranea e voglia darle luce dalla parte di sopra nel pubblico suolo, lo possa fare. — II. Se, quando alcuno voglia costrurre una cantina sotterranea e scavar sotto il pubblico suolo, o sotto il suolo del vicino, ciò fare da lui si possa. — III. Se, qualora lo voglia, possa costrurre una cantina sotterranea per quanto s'estende il mio suolo fino al confine del vicino terreno.

I. Certuno ha una cantina sotterranea e vuol darle lume dalla parte di sopra, ch'è pubblico suolo; lo potrà egli? Sembra che no; perchè niuno può nell'altrui aprire finestra. Del pari, perchè non può fare alcunchè nella cosa comune contro voglia del vicino. Parimente, perchè non è permesso fabbricare nel suolo pubblico; e questo ritengo che sia di diritto: ma per consuetudine io vidi praticare il contrario, avvengachè chi che sia riceva a piacimento il lume della cantina dal pubblico suolo, la qual consuetudine deve rispettarsi. Credo nondimeno che possa esser costretto dal giudice a coprir di ferrata, o di un altro stromento di legno, l'apertura fatta di sopra per sicurezza di quelli che passano; così veramente si costuma fare nella città di Verona (*a*).

II. E che sarà di diritto, se alcuno voglia costrurre una cantina sotterranea e scavare sotto il pubblico suolo o sotto il suolo del vicino? potrà egli far ciò? Rispon-

Digitized by Google

lum (1). *Item quia non habet jus ad thesaurum* (*) *inveniendum in solo alieno* (2). *Item quia speciale est in venis cotareis et marmoreis* (3), et l. quosdam eodem tit. *quae dicit, quod propter publicam utilitatem licitum est marmora et simil. sub fundo alieno fodere, dummodo dominus non patiatur damnum* (4), *ergo in aliis secus est jus commune, id est jus singulare* (5).

III. *Sed quid si volo facere penum subterraneam, quatenus se protendit solum meum usque ad finem soli vicini, numquid possim? Et videtur quod non: quia qui foveam facit juxta fundum vicini, debet tantum relinquere, quantum est profunditas foveae* text. est in l. fin. ff. fin. reg.; *et maxime hoc videtur procedere, ubi in medio esset fundus communis vel vicini propter ejus periculum. vidi tamen observari contrarium: quia quilibet facit penum in suo, quatenus durat solum suum, dummodo vicinus damnum non patiatur* (6), *et forte illa* l. fin. *voluit loqui de simili fovea, quae habet nomen speciale, sicut est penus: sed de illa tantum fovea, quae stat in suo tantum simplici nomine: et propterea non habet locum etiam in puteo, qui habet foveam profundam: quia perdit nomen foveae, et assumit nomen putei* (7); *et ita communiter observari vidi: de hoc dicam etiam aliquid infra* de puteo *et* de fovea.

(1) *L. fin. in princ. de servit. ff. et l. si vitem, § pen. quod vi aut clam., et l. altius. Item pro hoc l. vend. § si constat. commun. praed. et l. divortio, § si vir in fundo solut. matrim.*

(2) *L. unic. C. de thesaur, lib. 1.*

(3) *Ut l. cunctis, et ibi gloss. C. de metall. lib. 10. conjuncta l. 1.*

(*) *Ad thesaurum.* Utrum inveniens thesaurum teneatur restituere? Respond. quod si in suo solo invenit, suum erit: si vero in alieno solo et a casu, medietas erit ejus, et alia medietas erit domini soli

schedano dev'esser libero fino al cielo, così lo dev' esser pure il pubblico ed il privato. Del pari, perchè non ha diritto a ricercare il tesoro (*) nel suolo altrui. Del pari, perchè riguardo alle cave di coti e di marmi v' ha un privilegio speciale in virtù di parecchi testi, e specialmente della legge *quosdam Cod. de metall.*, la quale dice, che è lecito per il pubblico vantaggio scavare marmi e simili cose sotto l' altrui fondo, purchè il padrone di questo non soffra danno; adunque negli altri casi non ha luogo tal privilegio, ch' è un diritto singolare (*b*).

III. Ma che sarà di diritto, s' io voglia costrurre una cantina sotterranea per quanto s' estende il mio suolo fino al confine del suolo vicino? lo potrò io forse? Sembra che no; perchè chi scava una fossa presso il fondo del vicino in forza della legge *fin. ff. finium regund.* deve lasciar tanto spazio interposto quanta è la profondità della fossa; e ciò massimamente sembra procedere, allorquando nel mezzo vi fosse un fondo comune o del vicino, onde assecurarlo da pericolo. Nondimeno io vidi praticare l' opposto; perchè ciascuno fa la cantina nel suo per quanto s' estende il suo suolo, purchè il vicino non soffra danno; e forse quella legge finale non intese parlare di fossa consimile, che ha un nome speciale, com' è la cantina, ma di quella soltanto che è indicata dal suo semplice nome. Per la qual cosa la detta legge non ha luogo neppure in riguardo del pozzo che ha una fossa profonda, perchè perde il nome di fossa ed assume quello di pozzo; e così vidi essere comunemente osservato. Intorno a ciò dirò ancora qualche cosa fra poco nei capi *del pozzo* e *della fossa* (*c*).

(4) *De quo vide omnino quod not. in l. inter publica, in 9. column. de verb. sign, in § publica.*

(5) *Et l. quod vero, ff. de leg.*

(6) *Pro hoc l. fluminum, § fin. de damn. infect.*

(7) *Pro hoc videtur text. in d. l. fluminum, § penult.*

(*) *Il tesoro.* Chi trova un tesoro è forse obbligato a restituirlo? Rispondi, che se lo avrà trovato nel proprio suolo, esso sarà suo: se poi lo avrà trovato nell'altrui suolo ed accidentalmente, la metà se

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO XLV.

(*a*) Parmi che col permesso dell' autorità politico-amministrativa, a condizione di non recar danno a nessuno, e specialmente di non esporre a pericolo i passanti, potrò dar luce ad una mia sotterranea cantina aprendovi finestra o spiraglio sul suolo pubblico, come p. e. su una pubblica via.

E qui rammento quello che ho detto nelle annotazioni *d* al Capo XXXII e *b* al Capo XLI circa le costruzioni nel sito o sopra il sito ove passa, si ferma, radunasi il pubblico, come p. e. su una pubblica piazza o contrada, e circa il far isporgere il tetto della propria casa sopra quel pubblico sito.

(*b*) Senza quel permesso politico-amministrativo non posso costruire cantine sotterranee o fare scavamenti sotto il suolo pubblico destinato ad uso pubblico.

Senza averne acquistato il diritto farlo non posso sotto il suolo privato altrui.

Non posso farlo perchè pel § 422 del Codice austriaco e per l' art. 552 del Codice Napoleone il fondo sottoposto a quel suolo pubblico o privato è di altri e non mio, e non posso, senza avere ottenuto quel permesso od acquistato quel diritto, invadere l'altrui proprietà.

(*c*) Posso io costruire nel mio fondo aderente al fondo altrui, giungendo fino alla linea nella quale si toccano i confini estremi di questi due fondi, una mia sotterranea cantina?

Ossia costruendola posso toccare l' estremo confine del fondo altrui senza tenerla da esso nel mio fondo a qualche distanza?

Per legge il fondo che sta sotto il mio suolo è, per quanto esso si estende, mio.

Ed il fondo che sta sotto il suolo altrui è, per quanto si estende, di altri.

Suppongo naturalmente che l' attiguo proprietario non abbia acquistato per fatto dell' uomo il diritto d' impedirmi quella costruzione, perchè se lo avesse acquistato sarebbe fuor di quistione ch' egli potrebbe impedirmela e che io non potrei farla.

Domando, ciò supposto, se io abbia per legge diritto di farla o s'egli non possa impedirmela.

Rispondo alla domanda secondo i due Codici austriaco e del cessato Regno d' Italia.

Pel Codice austriaco.

Nell' annotazione *a* al Capo XXXIII seguendo lo Schuster ho detto essere principio di quel Codice che per diritto della mia naturale libertà io sul mio fondo posso innalzare un nuovo edifizio, ampliarne od alzarne di più uno già esistente; aprire nuove finestre per aver luce o prospetto, e ciò tutto senza riguardo a distanze.

Ho pur detto poter io fare tutto ciò anche togliendo prospetto, luce, aria, anche arrecando qualunque incomodo o danno al vicino.

Ho detto finalmente avere lo Schuster validamente provato secondo il suddetto Codice la esattezza del principio che ha piantato ed avere pur validamente combattuto le obbiezioni che ad esso vengono opposte.

Ma la logica dei principii è inesorabile.

Vale a dire, piantato in generale un principio e volendo applicarlo a tutt' i casi senza distinguere un caso dall' altro, e logicamente spingendolo fin dove è possibile spingerlo, si può giungere in talun caso speciale fino a far cozzare una disposizione del diritto positivo coll' altra, fino a conchiusioni ripugnanti alla sana ragione ed impossibili.

Infatti, se per principio generale e non soggetto a veruna eccezione io posso costruire

Digitized by Google

vale a dire, giungendo fino alla linea nella quale il confine estremo del mio fondo tocca il confine estremo dell' attiguo fondo altrui, ne verrebbe di conseguenza che io con quella mia costruzione avrei diritto di toccare quell' altrui fondo.

Obbedendo alla logica inesorabile del generale principio da lui piantato e facendone applicazione al caso speciale dello scavamento di un pozzo, lo Schuster al § 50 del suo trattato sul diritto di fabbricare si vide astretto a giungere a non dissimile conchiusione.

Domanda egli ivi infatti se io possa scavarmi un pozzo sulla linea estrema del mio fondo.

E risponde sembrare che me ne competa senza dubbio il diritto, giacchè la legge non prescrive nessuna distanza.

Io poi, se reggere potesse lo stesso principio, non vedrei perchè quello che vale per lo scavamento di un pozzo valer non dovesse anche per lo scavamento di una sotterranea cantina, casi del tutto consimili.

Bisognerebbe dunque conchiudere, come ho detto di sopra, che non prescrivendo la legge distanze, io nel fondo che sta sotto al mio suolo potrei costruire quella mia cantina giungendo fino alla linea estrema di quel mio fondo.

E quando alla linea che segna il confine estremo del mio fondo si unisse l' estremo confine del fondo altrui sicchè i due fondi si toccassero, bisognerebbe conchiudere che non prescrivendo la legge veruna distanza, io colla costruzione della mia cantina avrei diritto di toccare il fondo altrui.

Ma lo Schuster era di troppo dotto e svegliato ingegno per non accorgersi ch' era effettivamente impossibile che la cosa andasse così.

Quindi al suddetto § 50, dopo avere premesso che non prescrivendo la legge distanze, sembrava che io avessi senza dubbio il diritto di scavarmi un pozzo alla estrema linea del mio fondo (cioè anche toccando il fondo altrui quando questo a quella estrema mia linea si unisse) dovette poi argomentare e conchiudere avere il proprietario del fondo attiguo al mio, diritto di chiedere che nello scavamento io osservi distanza tale che a giudizio di periti da lui allontani ogni danno.

Quand' anche taluno ritenere volesse che questa conchiusione dello Schuster non fosse in armonia colla sua premessa o che i §§ 340, 343, 855 del Codice civile coi quali la sorregge non fossero appuntino atti a darle sostegno, perchè per avventura non applicabili veramente e strettamente al caso, io per mia parte non esito a ritenerla giusta.

Com' egli dunque ha conchiuso per la necessità di una distanza nel caso dello scavamento del pozzo, io conchiudo per quella necessità nel caso dello scavamento e della costruzione di una sotterranea cantina che mi pare caso del tutto consimile.

Solo sostituir oso un mio argomento agli argomenti usati da lui.

Immagino un terreno in parte mio ed in parte di altro proprietario.

Immagino una linea che segni la divisione della mia parte da quella dell' altro.

Al di qua di questa linea stanno il mio suolo ed il sottoposto mio fondo.

Al di là di essa stanno il suolo ed il sottoposto fondo altrui.

Le estreme parti del mio e dell' altrui suolo e fondo si uniscono, si toccano su quella linea.

Sicchè quando io costruisca una cantina sotterranea nel mio fondo, la quale si estende fino al confine estremo di esso segnato da quella linea, io vado inevitabilmente a toccare il confine estremo del fondo altrui che sulla linea stessa si unisce all' estremo confine del mio.

Ossia toccando quel confine estremo del fondo altrui tocco inevitabilmente l' altrui proprietà.

Posso io toccare quell' altrui proprietà costruendo la mia sotterranea cantina?

Mi sembra di no, perchè quel confine estremo dell' altrui [illegible]

Quia deggio osservare quella distanza e non posso sottrarmi dall'osservarla è per la natura delle cose e per non controperare alle disposizioni dei §§ 354, 364 del Codice civile.

Quale sarà poi quella distanza?

Sarà quella stabilita per avventura da vecchi regolamenti, da vecchie consuetudini locali?

No, perchè la patente di pubblicazione dell'attuale Codice civile abolì negli oggetti da esso portati ogni anterior legge e consuetudine, e perchè pel § 20 di esso non si ha riguardo a consuetudini alle quali esso non si riporti.

Ora nel caso concreto non si riporta a nessuna consuetudine.

Dunque, se vi deve essere distanza non può essere altro che quella che, non andando le parti d'accordo, venisse, come dice lo Schuster, determinata da esperti.

Per evitare poi che il proprietario del fondo attiguo faccia uso contro di me del diritto che gli accorda il § 340 del Codice civile, sarà necessario che prima di costruire quella mia cantina io osservi le cautele prescritte dal generale regolamento giudiziario.

Infatti, esse sono prescritte per ogni fabbrica e quindi anche per la mia cantina ch'è una fabbrica.

Prima di tutto, cioè, è necessario che io chieggo alla podestà politica del luogo il permesso di costruirla.

Anzi a proposito di ciò può dirsi che nel nostro Regno, secondo i combinati art. 1, 9, 11, 13 del decreto italiano sull'ornato del 9 gennaio 1807, i municipii nelle città e le comunali autorità negli altri comuni che veglier deggiono d'uffizio per la sicurezza pubblica di tutte le fabbriche che s'intraprendono, far lo deggiano anche pel la mia cantina sotterranea.

E pel Codice Napoleone?

Ritengo che per le disposizioni del suddetto decreto italiano quei municipii e quelle altre autorità comunali potessero vietarmi la costruzione di quella mia cantina quando per essa fossero compromessi i pubblici riguardi.

E quando quei riguardi non fossero compromessi e si trattasse unicamente dei riguardi privati, che cosa dovrebbe dirsi?

Stando all'art. 552 del Codice Napoleone si potrebbe per avventura dire che senza osservare distanze io potessi costruire quella mia cantina giungendo fino al confine estremo del mio fondo, ossia inevitabilmente toccando il confine estremo dell'attiguo fondo altrui quando il proprietario di questo ultimo fondo non avesse acquistato per fatto dell'uomo il diritto d'impedirmelo.

A questa regola non vi sarebbe eccezione nel titolo delle servitù prediali del Codice Napoleone.

Quella mia cantina non sarebbe compresa fra gli edifizii enumerati nell'art. 674 pei quali sono prescritte distanze.

Più ancora. Per costruirla nel mio fondo fino all'estremo confine di esso sembra che su quel confine estremo io dovrei inevitabilmente innalzare un muro o diritto od a volta o in qualunque altro modo volessi immaginarlo.

Quel muro sarebbe attiguo al confine estremo del fondo del proprietario vicino.

Quel proprietario per l'art. 661 del Codice Napoleone avrebbe la facoltà di acquistarne da me la comunione.

Ciò vorrebbe dire che avendo io costruito quel muro esso sarebbe mio e che avrei potuto costruirlo.

Infatti la legge nè me ne vieterebbe la costruzione, nè m'imporrebbe di erigerlo a qualche distanza pei riguardi del fondo attiguo altrui.

Digitized by Google

Per la stessa ragione per la quale il confine estremo del mio fondo è mio, anche il confine estremo dell' adiacente fondo altrui è di altri.

Ciò non può essere diversamente essendo la proprietà un diritto esclusivo, sicchè quello ch' è proprietà piena di me solo è impossibile che sia al tempo stesso proprietà piena di un altro.

Ora se la proprietà è un diritto esclusivo, il confine estremo del fondo altrui è proprietà esclusiva di altri e non mia.

Ossia io sono del tutto escluso da quella proprietà.

E se ne sono escluso, non posso, come ho detto parlando sul Cod. austriaco, toccarla.

E se non posso toccarla, non posso, sul confine estremo del mio fondo che si unisce al confine estremo del fondo altrui, costruire la mia sotterranea cantina, perchè costruendola toccherei inevitabilmente quel confine estremo altrui.

E se non posso toccarlo è inevitabilmente necessario che io la costruisca tenendomi a qualche distanza da quel confine estremo del fondo altrui.

Così, qualunque cosa potesse dirsi in contrario sulla base di alcune disposizioni del Codice Napoleone, l' osservare quella distanza è inevitabile per la natura stessa del diritto di proprietà, per la natura stessa delle cose.

Dunque quella distanza esser dee da me osservata.

Ma quale distanza dovrò osservare?

Il Pardessus al n. 186 del suo trattato sulle servitù, da me altrove citato, dice che volendo io stavare una fossa deggio prenderne tutta la larghezza sul mio terreno.

Aggiunge che i soli usi locali determinar ponno la distanza ch' è impossibile che non debba essere lasciata tra la fossa ed il terreno vicino altrui.

Per la fossa ei riconosce dunque necessaria la distanza e vuole che tale distanza sia quella che gli usi locali hanno determinato.

Ed io applico ciò ch' egli ha detto parlando sul Codice Napoleone della fossa, al caso consimile della cantina sotterranea, parlando sullo stesso Codice.

Cioè dico che la distanza inevitabile della mia cantina dal confine estremo dell' attiguo fondo altrui sarà quella che fosse determinata dagli usi locali.

E se usi locali non la determinassero, allora dovendovi essere distanza, e nessuna in questo caso determinandone nemmeno il Codice Napoleone, credo che, non andando le parti d'accordo, non rimarrebbe altro che farla determinare da periti.

Del resto, intorno alla costruzione sul confine della mia proprietà di un muro in generale e quindi del muro di quella sotterranea cantina in particolare, ponno essere consultati eziandio gli art. 594-595 del Codice civile pegli Stati del re di Sardegna, dei quali la parte ho parlato anche nell' annotazione al Capo XXXIX.

Digitized by Google

CAPUT XLVI.

DE CURIA SIVE CURTE.

I. *Planicies terrae quid dicatur.* — II. *Domum si quisquam habeat cum tribus vel quatuor clusis, et in eorum medio una curia, sive curtis existat, in qua forte est unus puteus: et in quolibet dictorum clusorum est unum ostium, et ipse vendat, seu legat unum ex dictis clusis, sive curiam: an legatarius sive emptor dicto ostio uti possit, ex quo ad dictam curiam venitur.* — III. *Domum inter feudatarium, et domum domini si una curia sit, seu plateola quomodo dividatur.* — IV. *Aqua cadens in curte mea naturaliter, et per se si ad curiam tuam discurrat, an tibi in curte tua aliquid facere licitum sit, ut aqua discursus impediatur, et in curte mea remaneat.*

I. *Curia dicitur planicies terrae, et de ista hic loquimur: aliis modis assumitur curia* (1).

II. *Si quis habet domum cum tribus vel quatuor clusis, et in medio eorum sit una curia sive curtis, in qua forte est unus puteus, et in quolibet dictorum clusorum est unum ostium, et vendidit, sive legavit unum ex dictis clusis, sive curiam, an legatarius sive emptor possit ut dicto ostio, ex quo venitur ad dictam curiam, et sic an possit exire per dictum ostium ad curiam praedictam causa veniendi ex dicta curia, puta in viam publicam, vel causa hauriendi aquam ex puteo, qui est in dicta curia, vel alia de causa? Et dico breviter, quod non: quia in emptione vel legato via vel iter non venit; nisi fuerit expressum* (2). *Et idem si essent plures fratres vel consanguinei, qui dividerent unam domum, quae haberet plures par-*

(1) *Ut not. Arch.* 11.. *quaest.* 1. *quis Clericus.*

CAPO XLVI.

DELLA CORTE O CORTILE.

I. Come si chiami un piano di terra. — II. Se, qualora alcuno abbia una casa con tre o quattro chiuse, e nel mezzo di esse vi sia un cortile o corte, nella quale per avventura esista un pozzo, ed in ciascuna di dette chiuse vi sia una porta, ed il medesimo venda o leghi una di dette chiuse, ovvero una corte; il legatario o compratore possa usare della porta suddetta, per la quale si perviene alla detta corte. — III. Qualora fra la casa del feudatario e quella del signore vi sia una corte o piazzetta, in qual modo essa si divida. — IV. Se, qualora l' acqua che naturalmente cade nella mia corte di per sè scorra nel tuo cortile, ti sia permesso in questo far alcuna opera per la quale sia impedito il corso dell' acqua ed essa rimanga nella mia corte.

I. S'appella corte un piano di terra, ed in questo senso qui trattiamo di essa, benchè in altri modi s' intenda (*a*).

II. Se alcuno abbia una casa con tre o quattro chiuse, ed in mezzo di esse vi sia una corte o cortile, nel quale per avventura esista un pozzo, ed in ciascuna di dette corti vi sia una porta, ed egli venda o leghi una di dette chiuse o corti, il legatario od il compratore potrà usare di quella porta per la quale si giunge al cortile suddetto, ed in tal guisa potrà uscire da essa, onde, verbigrazia, venire dallo stesso cortile nella pubblica via, oppure onde andare ad attinger acqua al pozzo, il qual è nel predetto cortile, oppure per altra cagione? E rispondo brevemente di no; perchè nella compera o nel legato non si comprende la strada od il passaggio, se espressamente non fu pattuito. E nello stesso modo se vi fossero più fratelli o consanguinei, i quali dividessero

(2) *L. in vendendo, de contrah. empt.*

Digitized by Google

tes: et in medio earum esset curia, quae uni in divisione contingeret, aliis pars dictae domus cum curia, vel aliae duae partes sine curia: hi qui habuerunt partem domus sine curia, non poterunt per partes suas venire in d. curiam aliqua de causa: et ideo cogi poterunt, ut claudant ostia sive portas quae sunt in dictis clusis versus dictam curiam, et pro praedictis omnibus vide text. et quod ibi not. Bald. et Flor. in l. si fundum, § quaecumque. de serv. urb. praed., *quod not. quia quotidianum, et bis habui de facto. Adde praedictis quae dix. sup. de servitute itineris seu aditus, et supra de pariete sive muro, versic.* sed nunquid vicinus poterit in muro suo facere ostium, *et supra de ostio sive porta, versic.* sed dubium est si quis potest.

III. *Quid si inter domum feudatariam et domum domini est una curia seu plateola? Dic quod per chordulam dividi debet versus domum domini, et illa dimidia erit sua: alia dimidia versus domum vasalli. erit vasalli: sicut sit inter duos proprietarios. ut not. Bart.* (1), *et ita not. Bald.* (2). *qui dicit hoc procedere, si patitur divisionem. Curia aliquando enim est ita modica quod dividi non potest, et tunc de ea idem est dicendum quod de vestibulo* (3), *de quo vestibulo dixi supra de ostio sive porta, in fin.*

IV. *Sed quid si aqua cadens in curte mea naturaliter, et per se discurrit ad curiam tuam. an sit tibi licitum in curte tua aliquid facere, propter quod discursus aquae impediatur, et remaneat in curte mea? Et dicas quod sic* (4), *et ita Paul. de Castr.* (5) *et dixi vobis supra* (6), *et ibi Bart.* (7), *quod tene menti.*

(1) *In l. quod conclave, de damno infect.* et dixi *supra de claustro sive portico, in l. 3. quaest.*

una casa disposta in più parti, ed in mezzo di queste vi fosse un cortile che toccasse in divisione ad uno di essi, ed agli altri invece toccassero le altre due parti di casa senza cortile; queglino che ebbero le parti senza cortile, non potranno per alcuna cagione venire da esse alla detta corte; e perciò potranno esser costretti a chiudere gli usci o porte che mettono in quella; e per tutte queste cose vedi il testo della legge *si fundum § quaecumque ff. De serv. urb. praed.* e ciò che sovr' essa notano Baldo e Floriano. Il qual caso merita considerazione, perchè quotidiano, ed io l' ebbi due volte di fatto. Aggiungi inoltre quello che dissi più sopra circa la servitù di passaggio od accesso, e sopra quella della parete o muro, nel versetto: *ma potrà il vicino aprire una porta nel suo muro?* ed altresì intorno a quella dell' uscio o porta, nel versetto: *ma v' è dubbio se alcuno possa* (*b*).

III. Che sarà di diritto se fra la casa feudataria e la casa signorile vi sia una piazzetta o cortile? Rispondi che si deve dividere mediante una cordicella, e la metà ch' è verso la casa del signore apparterrà a questi, l' altra ch' è verso la casa del vassallo, spetterà al vassallo, nello stesso modo che tra due proprietarii, come notano Bartolo e Baldo. Il quale dice che ciò procede allorquando il cortile si possa dividere; imperocchè talvolta esso è sì piccolo che non può dividersi, ed allora si dee dire di esso come del vestibolo, del quale parlai prima nella fine del capo *dell' uscio o della porta* (*c*).

IV. Ma che sarà di diritto, se l' acqua che cade naturalmente nel mio cortile, da per sè scorra nel tuo? Ti sarà forse lecito operare nella tua corte in guisa che il corso dell' acqua resti impedito, e questa rimanga nel mio cortile? Rispondi che sì, e così opina Paolo di Castro, e così dissi io stesso più sopra, e così ancora nota Bartolo; lo che devi ricordare (*d*).

(4) *Argum. l. 1. § sunt qui putant, ne quid in loco publ.*

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO XLVI.

(*a*) La Enciclopedia italiana del Tasso da me altrove citata, alla voce *Cortile* chiama appunto cortile uno spazio chiuso quasi sempre scoperto situato sul davanti o nell' interno di un edifizio per dare sfogo, aria e luce alle parti principali della fabbrica.

(*b*) 1.° Taluno è proprietario di un cortile che ha accesso mediante una porta sulla pubblica via.

In uno dei muri interni di questo cortile, dirò così, esterno, havvi una porta che dà accesso ad altro cortile interno pur suo.

Vende o lascia in legato quel suo cortile interno.

Il cortile principale ed esterno rimane proprietà di lui o della sua eredità.

La vendita od il legato nulla dicono sul passaggio dal cortile esterno all' interno e viceversa, nè della porta, mezzo di quel passaggio.

Il compratore od il legatario potranno usare della porta dell' interno loro cortile onde passare pel cortile esterno altrui ed andare per esso alla pubblica via e venirne?

Se quel passaggio è ad essi indispensabile parmi che loro spetti e che potranno usare della porta ond' esercitarlo.

Parmi che il potranno, secondo quello che ho detto nell' annotazione *d* al numero principale 2 al Capo XXXVIII a proposito della vendita o del legato della proprietà di un predio, al quale non sia possibile accedere se non passando per altro predio del venditore o della eredità di colui che ha lasciato il legato od anche della facoltà particolare dell' erede.

Se quel passaggio invece non è ad essi indispensabile, e non ne spetta d' altra parte loro il diritto, parmi che non potranno esercitarlo nè usare della porta come mezzo dell' esercizio di esso per ciò che ho detto nelle annotazioni *f* al Capo XL e *d* n. 2 al Capo XLII parlando appunto della porta.

2.° Nel caso del quale ho parlato al numero precedente suppongo che nel cortile esterno altrui abbiavi un pozzo rimasto proprietà del padrone di quel cortile.

Potranno il compratore od il legatario del cortile interno andare per la porta di esso al pozzo e venirne onde attingervi e portarne via acqua?

Se non hanno specialmente acquistato la servitù attiva o in generale il diritto di cavarvi acqua, mi sembra di no.

Infatti per l' art. 696 del Codice Napoleone e pel § 496 dell' austriaco il diritto di passaggio o di accesso non ispetta se non a quello cui spetta la suddetta servitù od in generale il diritto di cavare acqua dal pozzo altrui. Qui poi suppongo che loro non ispetti.

3.° Nel caso poi in cui due fratelli si sieno divisi una casa avente in mezzo un cortile che fosse toccato in sorte ad uno di essi, toccando in sorte all' altro altra parte della casa senza quel cortile, la quistione se quegli ch' ebbe la casa senza il cortile possa da quella venire a questo o no, e debba o no chiudere la propria porta che conduce ad esso, dovrebbe decidersi secondo quello che ho detto nel caso portato dall' annotazione *d* al Capo XLII.

(*c*) Taluno ha una casa ch' è sua proprietà allodiale.

Ha una seconda casa della quale ha il dominio diretto come signore feudale.

Il dominio utile feudale di questa seconda casa spetta ad un vassallo.

Frammezzo quelle due case havvi un cortile.

Dato che non sia proprietà di terza persona o fisica o morale, il proprietario della casa allodiale e l' avente il dominio utile della casa feudale potranno dividerselo?

No, se la proprietà del cortile spetta esclusivamente ad una sola di quelle case.

Sì, se la proprietà n' è comune alle due case.

(*d*) La risposta a questa domanda sta nell' annotazione *b* al Capo XII.

Digitized by Google

CAPUT XLVII.

DE PUTEO, CISTERNA ET LAVELLO.

I. *Domum inter feudatarii et domum domini si unus puteus tantum existat, cujus aqua non sufficit utriusque, quis praeferatur.* — II. *Puteus communis si inter duos vicinos sit, an dividi possit, et quo judicio.* — III. *Vicini civitatis vel loci an ad locum communem, ut puta furnum contribuere teneantur.* — IV. *Communitas seu vicinia si habeat unum puteum vel furnum vel porticum communem, qui purgatione vel refectione egeat, et quidam ex vicinis collectae expensam evitare volens usui vel commodo illius renunciare velit, an possit.* — V. *Puteum si in domo mea aperiam, quo aperto venae tui putei praecisae sint, an tenear.* — VI. *Interdictum de fonte an competat, qui uti prohibetur puteo vicam aquam non habente.* — VII. *Puteum, vel cisternam, aut lavellum prope vicini fundum fodere an licitum sit nullo spacio interposito.* — VIII. *Cisternam si quis aperuerit, vel foderit, et eam non cooperuerit, cecideriqua bos, vel asinus in eam, an talis teneatur.* — IX. *Cisternas habens, si cisternas legaverit, an debeatur aqua in ea regione, in qua aqua venalis est, ut in regione Africae et Aegypti.* — X. *Cisternas habentem an servitus vel obligatio personalis sequatur.*

I. *Inter domum feudatarii, et domum*

CAPO XLVII.

DEL POZZO, DELLA CISTERNA E DEL LAVATOIO O GUAZZATOIO.

I. Se fra la casa del feudatario e quella del signore esista un solo pozzo, l'acqua del quale non basta ad entrambi, chi di essi sarà preferito? — II. Se vi è un pozzo comune fra due vicini, si potrà esso dividere e con qual mezzo? — III. Se i vicini della città o del luogo siano tenuti a contribuire pel luogo comune, verbigrazia, pel forno. — IV. Se, qualora una comunità od un vicinato abbia un pozzo od un forno, od un portico comune, che abbisogna di purgamento o di restaurazione, ed uno dei vicini cercando sottrarsi alle spese della colletta, voglia rinunciare all'uso od al comodo di quello, lo possa fare. — V. Sarò io tenuto, se apro un pozzo nella mia casa, in causa del quale si secchino le vene del tuo pozzo? — VI. Se competa l'interdetto della fontana a colui al quale è proibito l'uso di un pozzo, che non ha acqua viva. — VII. Se sia permesso scavare un pozzo od una cisterna, od un guazzatoio, presso il fondo del vicino, senza lasciar di mezzo alcuno spazio. — VIII. Se, qualora taluno abbia aperto o scavato una cisterna, e non l'abbia coperta, ed un bue od un asino vi sia dentro caduto, egli sia perciò tenuto del danno. — IX. Se, qualora uno possedendo alcune cisterne, abbia di queste disposto per legato, l'acqua sia dovuta in que' paesi nei quali si vende, come nella regione dell'Africa e dell'Egitto. — X. Se la servitù o l'obbligazione personale segua colui che ha cisterne in suo dominio.

I. Tra la casa del feudatario e quella del

Digitized by Google

judicio? Dic quod potest, communi divid. si solum ejus sit commune ipsorum, vel vicinae ipsarum adjudicaretur (1), § communi divid. *ibi Flor. qui dicit, secus esse, si ipsi haberent solum jus hauriendi aquam: quia forte solum in quo est puteus, sit publicum, vel aliarum.*

III. *Sed quaero numquid vicini civitatis, vel loci teneantur contribuere ad locum communem, ut furnum; et videtur quod sic* (2), *et ibi hoc tenuit Ubert. de Bobio et Albert. de Ros.* (3), *et istud est verissimum, ut patebit quae statim dicam in seq. q.*

IV. *Sed pone, quaedam communitas seu vicinia habet unum puteum, vel furnum, vel porticum communem, qui eget refectione, vel purgatione: quidam ex vicinis volens evitare collectionem sive expensam collectae, dicit quod vult renunciare usui vel commodo illius rei: quaeritur an possit. Ista q. formatur per Spec.* in tit. de cens. (4), *ubi plene et idem quasi de verbo ad verbum scribit Alber. de Ros. in suo tract.* statutorum (5), *et ponitur etiam per Flor.* (6), *et vide quod ponit Dyn.* (7), *et Jac. de Arez.* (8). *In qua q. videtur, quod renunciare non possit, et expensam evitare*, per d. l. reparationem, Cod. de aquaed. (9). *Item quia lex videtur imponere onus incumbens domui, non personae* (10). *Item pro hoc, quia vasallus non potest se eximere servitio domini renunciando feudo, ut habetur per gloss. ordin.* (11), *et per gloss. et Jacob. de Belvi, Nic. de Neap. et Dd.* (12), *et per Spec.* (13), *et per Bald.* (14), *et per Dyn. et per Bart.* (15), *et per Flor.* (16), *et ibi omnino vide de usufruct. In contrarium videtur illa regola vulgaris, quae dicit, quod pars potest renunciare juri suo* (17). *Item pro hoc* (18). *Item quia si aliquis est de collegio, potest renunciare, et eo recedere* (19). *Item pro*

so dividere, ed in qual modo? Rispondi che si può dividere col giudizio *de communi dividundo*, se il suo terreno è comune fra essi, od è aggiudicato al vicinato. Floriano poi dice avvenire altrimenti, qualora essi avessero soltanto il diritto di attignere acqua, perchè in tal caso il terreno è forse pubblico o di altri (*b*).

III. Ma io dimando, se i vicini della città o del quartiere sieno tenuti a contribuire pel luogo comune, verbigrazia, pel forno? Sembra che sì, e quest' è sentenza di Uberto da Bobbio e di Alberico da Rosate, ed io la reputo verissima, come si farà manifesto per ciò che or ora dirò nella questione che segue.

IV. Metti quest' esempio. Certa comunità o vicinato ha un pozzo, o forno, o portico comune, che abbisogna di purgamento o ristaurazione; uno de' vicini, volendo sottrarsi alla colletta od alla spesa consorziale, dice che vuol rinunziare all' uso od alla comodità di quella cosa: si domanda se lo possa? Tale questione è formata dallo Speculatore nel titolo *de censibus*, dove pienamente la svolge, e la stessa cosa quasi parola per parola dice Alberico da Rosate nel suo trattato *degli statuti*, ed è introdotta eziandio da Floriano; vedi inoltre ciò che dicono Dino e Jacopo d' Arezzo. Nella qual questione apparisce che non possa rinunciare e schifare la spesa, per la legge *reparationem, Cod. de aquaed.* Del pari perchè la legge sembra imporre un peso aggravante la cosa e non la persona. Così pure perchè il vassallo non può esimersi dai servigi rinunziando al feudo, come si apprende dalla glossa ordinaria e da Jacopo di Belvisio, da Nicolò Spinelli da Napoli e dai Dottori, ed inoltre dallo Speculatore, da Baldo, da Dino, da Bartolo e da Floriano; e vedi tutto ciò che quest' ultimo scrive circa l' usufrutto. Contro tale opinione sembra essere quella regola volgare, la qual dice, che la parte può rinunziare al suo diritto; e così pure

(1) *Ut est text. in l. 4.*
(2) *Per text. cum gloss. in l. 1. ad leg. Rhod. de iact.*

(11) *In c. 1. similiter in tit. de cap. qui cum vendidit.*
(12) *In c. 1. de vasallis qui sunt cum ipso Rosate*

Digitized by Google

hoc (1). *Sed pro decisione breviter sic distingue: Aut puteus vel furnus indiget reparatione temporis praeteriti aut futuri. Primo casu tenetur indistincte contribuere, nec potest renunciare in dammum vicinae, et est ratio, quia jam utilitatem accepit ex usu, sicut alii vicini: unde sicut sentit commodum, ita sentire debet incommodum* (2). *Secundo casu, quando ratione futuri temporis: et tunc aut vult stare in vicinitate seu vicinia, et isto casu licet nolit uti puteo vel furno, quia forte habet unum in domo, tamen poterit cogi ad reficiendum seu contribuendum: quia istud est onus impositum domui, et non personae* (3), *item quia puteus vel furnus sunt communes universitatis, non ut singulorum, in rebus autem universitatis non attenditur voluntas unius, sed majoris partis* (4). *Aut non vult amplius stare in vicinia vel communitate: et sic vult renunciare, nedum usui putei vel furni, sed etiam vicinae vel communitati: et tunc teneo, quod non sit obligatus ratione futuri temporis, licet Alber. et Flor. videantur velle, quod indistincte teneantur contribuere: et moveor per ea quae dixi supra pro parte negativa, et adde quod de puteo, lacu et piscina reficiendis et purgandis interdictum competit* (5). *Et quid sit reficere et purgare*, vide tex. in l. 1 § reficere § purg. de rivis.

V. *Quid si in domo mea puteum aperio, quo aperto venae putei tui praecisae sunt, an tenear? Et dic quod non* (6).

VI. *Sed nunquid interdictum de fonte competat illi qui uti prohibetur puteo vivam aquam non habente? Et dicas quod non*, text. est in l. 1 §. hoc interdicto de fonte, *et ibi omnino vide Barthol. qui per*

varii testi. Del pari l'altra regola, che se taluno è di collegio, può rinunziare e ritirarsi da esso. e parimenti altri testi. Ma per decidere questa tesi, distingui brevemente nel modo che segue: od il pozzo o forno ha bisogno di restaurazione pel tempo passato, o pel tempo futuro. Nel primo caso è tenuto indistintamente a contribuire, nè può rinunziare in danno del vicinato; e la ragione si è, che già trasse vantaggio dall' uso come gli altri vicini, onde come sentì il comodo così pure sentir deve l'incomodo. Nel secondo caso, quando abbisogna di riparazione pel tempo futuro; ed allora, od egli vuol rimanere nel vicinato o nel quartiere, ed in questo caso, benchè non voglia usare del pozzo o del forno, perchè forse ne ha uno in sua casa, nondimeno potrà esser forzato a ristaurarlo, ovverosia a contribuire, essendo che questo è peso imposto alla casa, e non alla persona. Del pari, perchè il pozzo od il forno sono comuni ad un' università, non già spettanti a singoli; e nelle cose di un' università non si ascolta la volontà di un solo, ma quella del maggior numero. O non vuol più rimanere nel vicinato o nella comunità, ed in tal guisa vuol rinunziare non solo all' uso del pozzo o del forno, ma eziandio del vicinato o comunità, ed in tal caso ritengo che non sia obbligato in ragione del tempo futuro, sebbene Alberico e Floriano sembrino volere che indistintamente sia tenuto a contribuire; e sono indotto ad opinare così da ciò che dissi prima in favore della parte negativa. Arroge, che in tal caso compete l'interdetto del pozzo, del lago e della peschiera da ristaurarsi e purgarsi. Che cosa poi sia purgare e ristaurare, vedilo nella legge 1, § *reficere* e § *purgandi ff. de rivis* (*c*).

V. Che sarà di diritto, se io apro un pozzo in mia casa, ed in causa di tale aprimento le vene del tuo pozzo restan tagliate; sarò io tenuto del danno? Rispondi che no, in forza de' testi (*d*).

VI. Ma forse l' interdetto circa il fonte compete a quegli cui è vietato l'usare di un pozzo non avente acqua viva? Rispondi di no, in virtù della legge § *hoc interdicto*

Digitized by Google

tur de veris et naturalibus, non autem de fictis et compositis. Et ego dixi de verb. signi. l. mulieres in princ. in 10, *et ult. quaest. ubi posui aliqua de ornatu mulierum. Adde praedictis, quod vendita domo non solum venit puteus, qui est in ea, sed etiam puteatia, id est quibus puteus cooperitur et funes, quibus trahitur aqua, et quaedam alia veniunt, de quibus omnibus vide tex.* l. Jul. § fin. cum l. seq. de action. empt., *et venit etiam rota et situla* (1), *et omnia quae dicta sunt supra de puteo, habent locum in cisterna et lavello. Et sciendum est, quod cisterna est, quae non habet aquam perpetuam nec vivam* (2). *Et istud patet manifeste Venetiis, ubi sunt cisternae, quae saepissime deducuntur ad siccitatem. Lavellum autem intelligo locum, in quo colligitur aqua pro pannis lavandis vel animalibus potandis.*

VII. *Sed an sit licitum fodere puteum vel cisternam aut lavellum prope fundum vicini nullo spatio interposito? Et videtur quod debeat dimitti tantum spatium, quantum est profunditas foveae,* per l. fin. fin. reg. *Ego teneo contrarium: quia illae non sunt proprie foveae, sed habent alia nomina specialia* (3).

VIII. *Si quis foderit cisternam, et non cooperuerit, cecideritque bos vel asinus in eam, dic, quod dominus cisternae tenetur reddere pretium jumentorum, quod autem mortuum est, ipsius domini cisternae erit, ut in c. 2,* extra, de injuriis et damno dato, *et est casus notab. qui limitat materiam positam* in l. Stichus de verb. oblig., *videlicet, ut quod ex re mea superest, meum est: et mihi reddi debet* (4) *intelligo, nisi ex culpa alterius pereat, ut ibi ita not. Lud. Roma.* (5), *qui tamen intelligit, quando cisterna fieret in publico* (6), *secus in privato* (7).

IX. *Ultimo, unus habens cisternas, legavit cisternas, an debeatur aqua in ea*

(1) *Ut l. qui fundum § fin. de contrahen. empt.*
(2) *Text. est in l. 1. § hoc interdicto ff. de fonte.*
(3) *Ut dixi supra de pen. in fin. ubi vide.*
(4) *L. solum § meum, de rei vend.*

tuto, il quale proibisce alle donne di portar perle, s' intende parlare delle vere e naturali, non già delle finte e composte. Ed io ne trattai sopra la legge *mulieres in princ. ff. de verb. signifi.*, nella 10 ed ultima questione, nella quale ho poste alcune cose circa gli ornamenti delle femmine. Aggiungi al fin qui detto, che venduta una casa, non solo è compreso nella vendita il pozzo ch'è in essa, ma eziandio i coperchi, cioè quegli stromenti co' quali ei si copre, e le funi ed alcune altre cose ancora; intorno alle quali vedi il testo della legge *Jul.* § *fin.* e la legge seguente *ff. de actio. empti*, e vi son comprese altresì la ruota e la secchia; e tutte quelle cose che sono state dette avanti circa il pozzo, hanno luogo eziandio per la cisterna e pel lavatojo. E si deve sapere che *cisterna* è quella che non ha acqua perpetua nè viva; lo che si vede manifestamente in Venezia, dove sono cisterne le quali spessissime volte coll' attingere si seccano. Per *lavatojo* o *guazzatojo* poi intendo quel luogo, nel quale si raccoglie l'acqua per lavare i panni o per abbeverare gli animali (*e*).

VII. Ma è forse permesso scavare un pozzo od una cisterna od un lavatojo presso il fondo del vicino senza lasciar di mezzo alcuno spazio? Sembra che debba lasciarsi tanto spazio, quant' è la profondità della fossa, in forza della legge finale *ff. finium regund.* Io ritengo il contrario, perchè quelle non sono propriamente fosse, ma hanno altri nomi speciali (*f*).

VIII. Se alcuno abbia scavato una cisterna e non l' abbia coperta, e dentro vi sia caduto un bue od un asino, di' che il padrone di essa è tenuto a restituire il prezzo degli animali, e che ciò ch' è morto sarà dello stesso padrone della cisterna, come nel capo 2 *Extrav. De injuriis et dam. dato*; ed è caso notabile, che limita la materia posta nella legge *Stichus ff. de verb. oblig.*, vale a dire, che ciò che resta della cosa mia è mio, e dev' essere a me restituito. Intendi però: tranne il caso che perisca per colpa altrui, come ivi nota Lodovico Romano, il quale nondimeno reputa ciò procedere quando la cisterna fosse fatta nel suolo pubblico, e diversamente quando nel privato (*g*).

IX. Da ultimo: uno che possedeva cisterne, ne dispose per legato; l' erede do-

(5) *In d. l. Stichus in fin.*
(6) *Argum. l. foveas ad l. Aquil.*
(7) *Ut not. gloss. in d. c. 2. de injuriis et damno dato.*

Digitized by Google

regione, in qua aqua venalis est in regione Africae et Ægypti (1). *et sicut Bononiae, Ferrariae et Venetiis, et dicas quod sic, sive habeat cisternas, sive non, ut est casus* (2).

X. *Sed quando habet cisternas, an tunc erit servitus vel obligatio personalis? vide omnino text. gloss. et Barthol.* in d. l. Mela § fin. *et dixi plene supra in princ. post diffinitionem servitutis realis: in illa quaest. quomodo cognoscatur an sint servitutes reales vel personales.*

(1) *Ut dicit text. in l. Mela, § fin. de elba. leg. et not. Barthol. in l. 1. eod. tit.*

vrà forse l'acqua in que' paesi ov'essa si suol vendere, come nelle regioni dell' Africa e dell' Egitto; e come avviene in Bologna, Ferrara e Venezia? Rispondi che sì; sia che abbia le cisterne, sia che non le abbia (*h*).

X. Ma posto ch' abbia le cisterne, in tal caso sarà una servitù, oppure un' obbligazione personale? Vedi totalmente il testo, la glossa e Bartolo sulla legge *Mela* § *fin. ff. de cib. leg.*, e ciò che dissi innanzi in principio dopo la definizione della servitù reale, nella questione: *in qual modo si conosca se le servitù sieno reali o personali* (*i*).

(2) *In d. l. 1.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XLVII.

(*a*) Taluno ha la proprietà piena di una casa allodiale.

Ha al tempo stesso la proprietà diretta di una casa feudale come signore di essa.

La proprietà utile di questa seconda casa spetta ad altri come vassallo.

Fra la prima e la seconda casa havvi un pozzo, l'acqua del quale non è sufficiente al bisogno di ambedue.

Chi sarà fra essi preferito nel servirsi di quell' acqua?

Se il pozzo è pubblico, ad uso pubblico, ne avranno anch' essi diritto senza preferenza l' uno sull' altro.

Se spetta a terzo privato non ne avranno diritto nei riguardi di una privata proprietà che loro non compete, nè potrà parlarsi di preferenza dell' uno sull' altro di essi.

Se il pozzo spetta soltanto ad una di quelle case, quegli che ne ha il dominio utile accompagnato o scompagnato dal dominio diretto ne avrà solo, in forza a quella sua utile proprietà, diritto.

Se poi è comune alle due case, l' uno e l' altro proprietario ne avrà diritto in proporzione della quota del dominio utile ad esso spettante nella comunione del pozzo, ritenuto ch' essendovi dubbio sulla entità delle quote, esse fino a prova contraria dovranno supporsi eguali.

Veggasi sulle quote o parti di una cosa comune quello che ho detto nell' annotazione *l* al Capo XL.

Non vedrei poi in questo caso di comunione del pozzo perchè il signore feudale dovesse avere preferenza sul vassallo nel servirsi dell' acqua che ad ambedue non è sufficiente.

È vero che il signore, avendo la piena proprietà della casa allodiale ed al tempo stesso la proprietà diretta della casa feudale, può dirsi in un certo senso che abbia di più.

Ed è vero che il vassallo altro non avendo se non la proprietà utile della casa feudale può dirsi nello stesso senso che abbia di meno.

Ma il più od il meno in questo senso di uno e dell' altro non mi sembrano elementi che debbano essere presi a calcolo nel decidere la presente questione.

Il solo dominio diretto nella persona del proprietario pieno della casa allodiale ed il dominio diretto della casa feudale nella stessa persona che per questa seconda casa veste il carattere di signore, le danno bensì diritto alla sostanza, ma non agli utili del pozzo alle due case comune.

Il diritto agli utili di quel pozzo comune spetta al proprietario pieno della casa allodiale ed al vassallo per la casa feudale veramente in forza al dominio utile che spetta ad ognuno di essi sul suddetto pozzo.

Digitized by Google

Ma qui trattasi soltanto degli utili del pozzo, non già della sostanza di esso, giacchè per quelle due persone trattasi di servirsi dell' acqua di esso.

Non trattasi dunque dell' esercizio, delle conseguenze di nessun dominio diretto. Questo dunque non dee essere preso a calcolo nella quistione.

Trattasi invece e soltanto dell' esercizio, delle conseguenze del dominio utile. Questo solo dunque dee essere preso a calcolo.

Ma nel caso concreto il dominio utile del pozzo spetta in comune al proprietario pieno della casa allodiale ed al proprietario utile, ossia al vassallo della casa feudale.

Dunque ambedue pel loro dominio utile avranno diritto di servirsi dell' acqua di quel pozzo in comune e senza preferenza tra essi, vale a dire senza che nel servirsene l' uno escluda l' altro, l' uno vada prima dell' altro.

E se ne serviranno in ragione delle quote loro spettanti dell' utile dominio del pozzo fra essi comune, quote che in dubbio si presumeranno fino a prova contraria eguali, come ho detto di sopra.

(*b*) Ove due vicini sieno proprietarii in comune di un pozzo, potranno dividerselo? con qual mezzo ed in qual modo?

Perchè possano dividerselo fa d' uopo prima di tutto che sia sciolta o finita fra essi la comunione in uno dei modi dei quali può sciogliersi o finire secondo le disposizioni dei Capitoli XVI e XXVII del Codice austriaco, e secondo quelle del Capo IV del titolo del Codice Napoleone sul contratto di società, le quali ultime, come ho detto anche nell' annotazione *l* al Capo XXXIX, mi sembrano applicabili eziandio ai casi di comunione o comproprietà nascente o da caso fortuito se pegl' immobili può aver luogo o da legge o da disposizione di ultima volontà.

Sciolta o finita così la comunione, la divisione di quel pozzo sarà promossa ed eseguita, pel Codice Napoleone, dalle persone e nei modi stabiliti al Capo VI delle divisioni e collazioni nel titolo delle successioni cui si riferisce l' art. 1872 di quel Codice, e per l' austriaco dalle persone e nei modi stabiliti dai §§ 844-848 di esso.

Se poi quei due vicini avessero in comune soltanto la servitù attiva di cavare acqua da pozzo privato altrui e volessero dividersela, parmi che sarebbe applicabile al caso quello che ho detto nell' annotazione *a* al Capo X nell' esempio di tre proprietarii che si fossero divisi una casa godente la servitù attiva di estrarre una data quantità di secchie di acqua al giorno dalla cisterna altrui.

Finalmente se i suddetti vicini attingessero acqua da pozzo pubblico a pubblico uso non eserciterebbero su esso per quello che ho detto nell' annotazione *d* al Capo XVI diritto di servitù nel senso delle leggi civili, nè esisterebbe quindi il caso di divisione di una servitù.

Il loro uso sarebbe una parte dell' uso pubblico e comune del pozzo a tutti spettante.

Per quanto stabilissero tra essi di attingervi una data quantità di acqua per uno, spetterebbe sempre all' autorità pubblica determinare pei riguardi di quell' uso pubblico quale quantità di acqua ognuno di essi potesse cavarne.

(*c*) Un pozzo di proprietà di un Comune è lasciato ad uso pubblico degl' individui a quel Comune appartenenti.

Occorre purgarlo, restaurarlo.

Potrà l' autorità comunale onde formare il fondo per supplire alla spesa speciale di quei lavori fare una colletta e levare una contribuzione speciale fra gli appartenenti al Comune?

In regola nel nostro Regno parmi di no.

Leggo al § 1006 del Codice dei Podestà e dei Sindaci del cessato Regno d' Italia (Milano 9

Digitized by Google

loro spese fu accordato oltre alle particolari loro rendite il quarto della tassa sugli esercenti arti e commercio, un carato sulla tassa personale, una sovraimposta sul dazio consumo nei Comuni murati, ed una sovraimposta sull' estimo del rispettivo Comune.

Queste sono le fonti di rendita dei Comuni onde supplire a tutte le loro spese.

Da esse fonti di rendita dovrebbero essere supplite anche le spese speciali che per quel pozzo incontrare dovesse il Comune, senza che in regola sugli appartenenti ad esso dovesse per colletta essere gittata apposita e speciale contribuzione.

Ma un appartenente al Comune potrebbe rinunciare all' uso di quel pubblico pozzo onde liberarsi così da una parte delle contribuzioni comunali da lui dovute?

Padrone di rinunciarvi. Ma fino a che eserciti arte o commercio nel Comune, pagherà la tassa arti e commercio; fino a che legalmente non cessi di domiciliare nel Comune pagherà la tassa personale; fino a che in Comune murato introduca oggetti sottoposti a dazio consumo pagherà questo dazio; fino a che abbia immobili al censo in proprio nome pagherà la imposta sull' estimo, e tutto ciò anche per le parti che vanno a vantaggio del Comune.

Tutto quello che sin qui ho detto del pozzo ad uso pubblico è applicabile anche al forno od al portico pubblici lasciati a quell' uso.

(*d*) Secondo l' art. 552 del Codice Napoleone chi ha la proprietà del suolo ha anche quella di ciò che sta sotto di esso.

Può farvi al di sotto tutte le costruzioni e gli scavamenti che stima a proposito salve le modificazioni portate dalle leggi e dai regolamenti sulle miniere, dalle leggi e dai regolamenti di polizia.

Avendo la proprietà di tutto ciò che sta sotto al suo suolo è proprietario anche delle vene dell' acqua che scorra entro il suo terreno fino a che essa vi scorre.

E potendo fare sotto il suo suolo qualunque scavamento quando non vi si oppongano pubblici riguardi, può anche, essi non opponendosi, scavarvi un pozzo tagliando le vene di acqua che servissero ad alimentare il pozzo altrui.

Come poi farlo non potrebbe se vi ostassero pubblici riguardi, non potrebbe nemmeno farlo per riguardi privati, quando il proprietario dell' altro pozzo avesse specialmente acquistato il diritto d' impedirglielo.

Parmi che dovrebbe dirsi lo stesso anche pel Codice austriaco combinando i §§ 354, 362, 364, 422, 1305 di esso.

Dal § 422 desumesi che tutto quello che sta sotto il mio suolo in regola è mio.

Dunque è mia anche l' acqua che sotto vi scorre fino a che vi scorre.

Io posso poi scavando il mio pozzo tagliarne le vene se anche alimentino il pozzo altrui.

Posso farlo in forza al mio diritto di proprietà su quell' acqua secondo i §§ 354, 362, 364, 1305, la importanza dei quali ho spiegato a pagine 300 di questa opera, ove ho parlato secondo il Codice vigente del diritto di aprire finestre nel proprio muro.

(*e*) Pozzo è un buco o scavamento profondo fatto al di sotto del suolo in modo che non possa otturarsi e dal quale si attinge od ascende l' acqua viva.

Cisterna è un serbatojo a muri ed a volta di acqua piovana raccolta in esso col mezzo di condotti o di tubi che la portano.

Lavatojo è una specie di bacino d' ordinario attiguo ad una fontana o presso un corso di acqua onde lavare in esso le biancherie.

Abbeveratojo è una vasca artificiale alla quale conduconsi a bere gli animali.

Guazzatojo è un recipiente ov' essi vengono condotti a bagnarsi.

Pel § 297 del Codice austriaco le cose destinate all' uso continuo di un tutto, come p. e. le secchie per cavare acqua, sono pertinenze di quel tutto.

Dunque sono pertinenze di un pozzo o di una cisterna il coperchio della loro imboccatura, le ruote, le funi, le secchie per cavarvi acqua.

Lo stesso parmi che debba ritenersi anche secondo il Codice Napoleone.

Se infatti per l' art. 524 sono cose immobili per destinazione e quindi pertinenze di un fondo le cose che pel servigio del medesimo il proprietario vi ha poste, deggiono essere pertinenze di un pozzo o di una cisterna le cose che il loro proprietario vi ha poste pel loro servigio come i suddetti oggetti.

Digitized by Google

Venduto dunque il pozzo o la cisterna s' intendono venduti anche quegli oggetti che ne sono pertinenze, quando le parti intorno ad essi non abbiano diversamente disposto.

Un pozzo ed una cisterna poi esistenti in una casa e servienti ad essa ne sono pertinenze quando per avventura non ispettassero a proprietario diverso da quello della casa.

Venduta dunque in questa ipotesi la casa s' intenderà venduto anche il pozzo o cisterna, quando anche qui le parti non abbiano su ciò diversamente disposto.

Quello che ho detto del pozzo e della cisterna, e dei loro accessorii può dirsi anche dell' abbeveratojo, lavatojo, guazzatojo, che sieno pertinenze di una casa o di un terreno; può dirsi anche degli eventuali loro accessorii

Per le leggi romane secondo il libro 43 titolo 22 del Digesto l' interdetto *de fonte* era l' azione possessoria che mi competeva ond' essere protetto nel mio possesso di cavare acqua dal fonte altrui e di condurre il bestiame all' acqua altrui.

Facea d' uopo che l' acqua fosse viva. Quell' interdetto dunque non competeva per la cisterna.

A quell'interdetto parmi che corrispondano per le leggi italiana ed austriaca le azioni possessorie delle quali ho parlato nell' annotazione *d* al Capo II.

E queste azioni possessorie competono a chi è al possesso dell' uso di qualunque acqua o viva o morta altrui, non facendo le leggi moderne differenza specialmente fra il pozzo e la cisterna.

(*f*) Posso io scavare pozzo, cisterna, lavatojo, od altro recipiente di acqua all'estremo confine del mio fondo toccando il muro od il fondo altrui, cioè senza lasciarvi nessuna distanza?

Il Codice austriaco tace su ciò.

Ma per quello che ho detto nell' annotazione *c* al Capo XLV parlando della cantina sotterranea, parmi che io non possa con quelle opere toccare il muro od il fondo altrui, e che debba lasciarvi conveniente distanza da determinarsi, in caso di non accordo fra noi, da esperti.

Pel pozzo (scavamento onde ottenere acqua viva) presso ad un muro altrui o comune, l' art. 674 del Codice Napoleone prescrive distanze.

Le prescrive pel pozzo e per la cisterna (serbatojo di acqua piovana) presso ad un muro altrui o comune, l' art. 597 del Codice pegli Stati del re di Sardegna.

Per altri recipienti di acqua presso il muro altrui o comune tacciono quei due Codici.

Tacciono pel pozzo, la cisterna, il lavatojo ed altro recipiente di acqua all'estremo confine del mio fondo ove non abbiavi muro altrui o comune.

Ma in generale per quello che ho detto nella suddetta annotazione *c* al Capo XLV parmi che anche pei Codici Napoleone ed Albertino, io non possa toccare con nessuna di quelle opere nè il muro nè il terreno altrui o comune, e che debba lasciarvi la distanza o stabilita dagli usi locali o determinabile da esperti.

È inutile poi dire che potrei toccarli quando il loro proprietario o comproprietario mi concedesse di farlo.

(*g*) Parmi che la quistione, se avendo io scavato un pozzo od aperto una cisterna senza coprirne il buco o l' apertura, ed essendovi caduto ed essendosi annegato un altrui animale, io proprietario di quel pozzo o cisterna debba rispondere pel danno avvenutone, debba essere decisa secondo i principii del Capo XXX del Codice austriaco sul diritto d' indennizzazione e di soddisfacimento, e quelli del Capo dei delitti e quasi delitti nel titolo del Codice Napoleone che tratta delle obbligazioni che si contraggono senza convenzione.

(*h*) Taluno mi lasciò in legato una sua cisterna.

Egli ne vendeva l' acqua.

Sono io obbligato a venderla a chi volesse comprarne?

In generale mi sembra di no, perchè della mia acqua sono padrone di fare quell'uso che voglio, tanto per l'art. 544 del Codice Napoleone, quanto pei §§ 354, 362 del Codice austriaco.

In particolare sarei obbligato a venderla a quegli col quale colui che mi lasciò il legato od io stesso avessimo assunto la obbligazione che ancor sussistesse di farne vendita.

Digitized by Google

Potrei essere obbligato a venderla anche per pubblici riguardi, come se p. e. in tempo di siccità generale la mia sola cisterna avesse e fuori di essa nel paese non vi fosse l'acqua necessaria a soddisfare ai bisogni della vita degli uomini e degli animali.

Mi pare che in questo caso potrebbero essere applicati l' art. 545 del Codice Napoleone ed il § 365 dell' austriaco. Ma però coll' avvertenza che la soddisfazione dei bisogni altrui non portasse l' effetto che mancasse l' acqua ai miei bisogni.

(*i*) La obbligazione alla quale esser posso sottoposto di somministrare ad altri acqua dalla mia cisterna sarà servitù prediale, o secondo il Codice austriaco servitù personale ovvero semplice obbligazione personale?

Veggasi su ciò quello che ho detto nelle annotazioni *c* al Capo II, *a* al Capo III ed *a* al Capo VIII.

Digitized by Google

CAPUT XLVIII.

DE CLOACA.

I. *Cloaca quid proprie sit, et quid ejus appellatione veniat.* — II. *Statutum si dictaverit, quod si quis offenderit aliquem in domo, puniatur in tantum: an offendens in ostio, statuti poena teneatur.* — III. *Domo in sua privata quis non potest exercere artem, per quam malus odor, seu fœtor vicinis fiat.* — IV. *Cloacam inter aedes meas et tuas, te etiam invito, et contradicente, an de novo mihi facere liceat: et si denuncias novum opus, tuam denunciationem contemnere possim.* — V. *Cloacae utum aliquis si habeat vi, clam, vel precario: et velit cloacam reficere vel purgare, an contra impedientes sibi interdictum cloacae prohibitorium competat.* — VI. *Cloacam in muro communi, invito altero socio, an uni socio facere liceat.* — VII. *Cloacam in fundo vel domo sua an facere licitum sit, et ex ea aquam in viam publicam mittere.* — VIII. *Aquaeductum loco cloacae usque ad viam publicam an facere liceat.* — IX. *Usumfructum in fundo vel cloaca publica si quispiam habeat, et refectione, vel reparatione indigeat, an istud onus ad ipsum spectet.* — X. *Jus agendi seu prohibendi aliquid an solum aedilibus, vel habentibus curam civitatis, vel aliis competere possit.* — XI. *Privato vel forensi, an competat jus agendi, vel prohibendi aliquid actione populari.* — XII. *Actio quaenam sit, quae pro cloacis competat.* — XIII. *Interdictum prohibitorium et restitutorium ad hoc ut competant, quae necessaria sint.* — XIV. *Libellus et positiones in actionibus popularibus quomodo formari debeant.*

CAPO XLVIII.

DELLA CLOACA.

I. Che cosa propriamente sia la cloaca, e che si comprenda nel suo nome? — II. Qualora lo statuto abbia prescritto, che se alcuno offenderà un altro in casa sarà punito in un dato modo, chi offende sulla porta sarà colpito dalla pena dello statuto? — III. Nessuno può esercitare nella sua casa privata un'arte per la quale si spanda cattivo odore o fetore nel vicinato. — IV. Se mi sia permesso costruire una cloaca fra le mie case e le tue, ancorchè senza tuo assenso e contro la tua volontà: e se, qualora tu denunci la nuova opera, io possa dispregiare la tua denunzia? — V. Se taluno ha con la forza, di soppiatto o mediante preghiera l'uso d'una cloaca, e voglia ristaurarla o purgarla: gli compete forse contro chi lo impedisce l'interdetto proibitivo della cloaca? — VI. Se sia permesso ad un socio costruire una cloaca nel muro comune a malgrado dell'altro socio. — VII. Se sia lecito fare una cloaca nel proprio fondo o nella propria casa, e mandar l'acqua da essa sulla pubblica strada. — VIII. Se sia permesso costruire un acquidotto dal luogo della cloaca sino alla pubblica strada. — IX. Se taluno ha l'usufrutto d'un fondo o d'una cloaca pubblica, e questa abbisogni di ristaurazione o riparo, tale peso incomberà forse a lui? — X. Il diritto di operare o di proibire qualche cosa, può spettare a' soli edili, ovvero a quegliino che hanno cura della città, oppure ad altri? — XI. Se al privato od al forestiero spetti il diritto di fare o di proibire qualche cosa coll'azione popolare. — XII. Quale sia l'azione che compete per le cloache. — XIII. Quali cose sieno necessarie affinchè competano a tal uopo i due interdetti proibitorio e restitutorio. — XIV. In qual modo si debbano formare il libello e le posizioni nelle azioni popolari.

Digitized by Google

quo not. secundum Bart. ibi, quod appellatione cloacae continetur etiam ostium cloacae.

II. *Quod facit ad q. in statutis dicentibus, quod si quis offenderit aliquem in domo, puniatur in tantum, ut offendens in ostio teneatur poena statuti: quia appellatione domus continetur ostium, et alia quae eidem sunt affixa, etiam si protenderentur extra domum* (1); *intelligo tamen de ostio intra clausuram existente: quia tunc non diceretur factum in domo* (2), *de quo dic ut per Bart.* (3) *et per Bald.* (4), *et vide quae plenius dixi supra de claustro, in 3.ª q. Item cloaca quaedam est privata, quaedam est publica* (5). *Item sciendum est, quod praetor introduxit duo interdicta. Unum de cloacis purgandis et reficiendis: et istud est prohibitorium, quia nemo debet prohiberi reficere et purgare cloacam* (6). *Aliud est restitutorium, quia nemo debet aliquid in cloacis mittere, propter quod deterior fiat* (7), *et est ratio quia haec interdicta pertinent ad salubritatem et tutelam civitati, nam et coelum pestilens et ruinas immunditiae cloacarum minantur. Item si non reficiunt, text. est not.* (8), *et ibi vide gloss. 1, et adde gloss. not.* (9), *quae dicit, quod aer corrumpitur apponendo stercus, vel cloacam aperiendo, et vide alium tex. not. et sing.* in l. 2, § *idem ait, si in pub. cum gloss.* ne quid in loc. public. *per quem text. cum gloss. alias judicavi:*

III. *Quod quis non potest in domo sua privata exercere artem, per quam malus odor seu foetor fiat vicinis: et per praedicta teneo, quod non sit licitum privato aperire de die cloacam, vel necessarium, aut similia propter foetorem, sed nocte tantummodo, nisi subsit necessitas, et non alias, quod est not.*

IV. *Quaero primo circa istam materiam cloacarum, an liceat mihi cloacam*

medesimo scopo; dal che scende il notabile, secondo Bartolo, che l' appellazione di cloaca abbraccia anche la porta della stessa.

II. La qual cosa poi serve alla questione degli statuti, che dicono, che se alcuno offenderà un altro in casa, sia punito in un modo determinato; perchè chi offende sulla porta sottostarà alla pena dello statuto. Avvegnachè nel nome di casa si contiene la porta, e le altre cose che ad essa sono attaccate, anche se sporgessero fuor della casa. Intendo però discorrere della porta esistente fra la chiusura, perchè se ciò non fosse, non si direbbe commessa l' ingiuria nella casa; intorno alla qual cosa di' come notano Bartolo e Baldo, e vedi ciò che più largamente ho detto prima circa il chiostro, nella 3.ª questione. — Così pure alcune cloache sono private ed altre pubbliche. Del pari si dee sapere che il pretore introdusse due interdetti: uno circa le cloache da purgarsi e ristaurarsi, e questo è proibitorio, perchè a nessuno dev' esser vietato di ristaurare e purgare la cloaca; l' altro è restitutorio, perchè nessuno deve gettare nelle cloache alcunchè per il quale esse abbiano a deteriorare; ed a buon dritto, perchè questi interdetti riguardano la salubrità e conservazione della città; chè le immondezze delle cloache minacciano pestilenza e rovine. Così pure, qualora non si restaurino; ed aggiungi a' testi in proposito una glossa notabile, la qual dice che l' aere s' infetta col sovrappor troppo sterco o coll'aprire la cloaca, e vedi altresì un altro testo notabile e singolare nella legge 2 § *idem ait ff. Ne quid in loco publ.* insieme alla glossa; pei quali testo e glossa altre volte giudicai (*a*):

III. Che nessuno può nella sua casa privata esercitare un' arte, per la quale si spanda cattivo odore o fetore nel vicinato; e per le cose antedette ritengo che non sia lecito al privato aprire di giorno la cloaca, la latrina e simili cose in causa della puzza, ma soltanto di notte, tranne il caso che lo richiegga necessità e non altrimenti; locchè deve notarsi (*b*).

IV. Circa questa materia delle cloache, io dimando in primo luogo se mi sia per-

Digitized by Google

te invito et contradicente: et si denunciae novum opus, possim tum denunciationem contemnere. Videtur quod non, per ea quae dixi supra de penu. in 2. qu. et per tot. tit. de nov. oper. nun., *tamen contrarium teneas.* per l. 1. § si quis mihi purganti, et l. fina. de cloacis, *dummodo si in viam publicam* (*) *velis cloacam facere, facias permittente illo cui viarum publicarum cura committitur* (1), *et ita tenet Rofred.* (2). *et vide text.* (3), *ubi de hoc, quomodo declaratur.*

V. *Quaero secundo aliquis habet usum cloacae, vi, clam, vel precario: vult cloacam reficere vel purgare, an contra impedientes sibi competat interdictum cloacae prohibitorium, dic quod sic,* l. 1, § hoc interdictum, 5 de cloacis, *et ratio ponitur ibi,* et d. § si quis rivos.

VI. *Quaero tertio, an sit licitum uni socio facere cloacam in muro communi, invito altero socio, de hoc dic ut dicam infra, de balneo, seu stufa, de necessario etc.*

VII. *Quaero quarto, an sit licitum facere cloacam in fundo vel domo sua, et ex ea immittere aquam in viam publicam, et dicas quod sic, nisi ex illa aqua via efficeretur minus habilis* (4); *et via dicitur fieri minus habilis sive deterior, si usus ejus ad commeandum corrumpatur, hoc est, ad eundum vel agendum: ut cum plana fuerit, clivosa fiat, vel ex molli aspera, aut angustior ex latiore, aut palustris ex sicca* (5).

VIII. *Quaero quinto, nunquid liceat facere aquaeduct. loco cloacae usque ad viam publicam? Et dic quod sic* (6), *et ita observatur etiam de facto: Sed adverte, quia post ductum praedictum non est licitum mittere ad viam publicam aliquid foetidum, vel turpe, vel stercus, sive la-* [illegible] *licitum*

e le tue, senza il tuo assenso e contro la tua volontà; e se tu denunci il nuovo lavoro, io possa dispregiare la tua denunzia? Sembra che non lo possa, in virtù di ciò che ho detto di sopra intorno la cantina, nella 2.ª questione e nell' intero titolo *ff. de nov. oper. nunciat.* Nondimeno riterrai l' opposto in forza della legge 1.ª § *Si quis mihi purganti* e della legge finale *ff. de cloacis;* purchè, se vuoi costruire una cloaca nella pubblica via (*), lo faccia col permesso di quegli cui è commessa la cura delle pubbliche strade; così opina Roffredo e così vogliono i testi, nei quali è spiegato il modo da tenersi (*c*).

V. Chieggo in secondo luogo. Certuno ha l' uso d' una cloaca, o colla forza, o di soppiatto, o mediante preghiere, e vuole ristaurarla o purgarla; gli competerà forse l' interdetto proibitorio della cloaca contro chi glielo impedisce? Rispondi che sì, in forza della legge 1.ª *hoc interdictum ff. de cloacis,* e la ragione si trova in essa e nel § *si quis rivos* (*d*).

VI. Dimando in terzo luogo, se sia lecito ad un socio costruire una cloaca nel muro comune contro voglia dell' altro socio? Rispondi come dirò fra poco nel capo del bagno o della stufa, del necessario ec. (*e*).

VII. In quarto luogo dimando, se sia permesso costruire una cloaca nel proprio fondo o casa, e da essa mandar l' acqua nella pubblica strada. Rispondi che sì, purchè in forza di quell' acqua la strada non diventasse men buona; e la strada si dice diventare men buona o deteriorare, allorquando non serve più all' uso ordinario, cioè al passaggio ed al condurre, in guisa che se prima era piana, divenga scoscesa, oppure di facile tramuti in scabrosa, o di larga in angusta, o di asciutta in paludosa (*f*).

VIII. Chieggo in quinto luogo, se sia lecito costruire un acquedotto nel luogo della cloaca sino alla strada pubblica? Rispondi che sì, e così anche difatti s'osserva. Ma avverti che dopo aver fatto quell' acquidotto non è permesso dirigere nella via pubblica alcun che di fetente o di sconcio, come stercu e lavature di latrina; e però non

Digitized by Google

aqua illa veniret in viam publicam, quod not. quia multi contra faciunt et male. Nam aediles curules, vel qui propositi sunt viis publicis, hoc permittere non deberent (1).

vare altri vasi puzzolenti, qualora le lavature giungessero nella strada pubblica; locchè nota perchè molti ciò costumano di fare e fanno male. Imperocchè gli edili curuli, ovvero coloro che sono preposti alle pubbliche strade, non dovrebbero permetterlo (*g*).

IX. *Quaero sexto, aliquis habet usumfruct. in fundo vel cloaca publica, quae indiget refectione vel reparatione, an istud onus spectet ad ipsum. Et dicas quod sic, et non ad proprietarium* (2).

IX. Dimando in sesto luogo. Taluno ha l'usufrutto di un fondo o di una cloaca pubblica, la quale abbisogna di restauramento e riparazione; gli spetterà forse tal peso? Rispondi che si, e non già al proprietario (*h*).

X. *Quaero septimo, an jus agendi seu prohibendi competat solum aedilibus seu habentibus curam civitatis vel aliis. Et dic quod illis quorum interest, competit jus, puta quia sunt de eadem contrata, et istud est clarum* (3).

X. In settimo luogo dimando, se il diritto di operare o di proibire compete soltanto agli edili che hanno cura della città, oppure anche ad altri? Rispondi che il diritto compete a quelli che ne hanno interesse, verbigrazia, perchè sono della stessa contrada, e questo è chiaro.

XI. *Sed quod si nihil aut parum interest privati: puta quia est de alia contrata. Et dicas idem: quia actio popularis est*, ut est gloss. valde not. in *d.* § pen., *quae non est alibi* (4), *et communiter tenetur, ut dicit Joan. de Ana.* (5), *de quo vide per Dd.* (6), *ubi probatur haec decisio. Sed quid si esset forensis* (**), *et idem si nomine publico agat, de quo dic, ut plene per Bart. et Dd.* (7).

XI. Ma che si dirà, se poco o nulla importa al privato, per esempio, perchè è di un' altra contrada? Risponderai egualmente, che l' azione è popolare, come reca una glossa molto notabile sulla legge 2.ª, § *penult. ff. Ne quid in loco publ.*, la quale non si trova in altri luoghi, ed è comunemente seguita, come dice Giovanni di Anagni e dopo lui i Dottori, da' quali tale decisione è approvata. E che si dirà se fosse un forastiero (**)? La stessa cosa, se agisce in nome pubblico; intorno a che di' come Bartolo ed i Dottori.

XII. *Quaero octavo, quae actio competat pro istis cloacis. Dic duo interdicta: unum prohibitorium, aliud restitutorium, ut probatur* in l. 1, in princ. de cloa. *et dixi supra circa principium. Et idem Joan. in arbore sua actionum fecit duos articulos de his duobus interdictis.*

XII. Dimando in ottavo luogo, quale azione competa per queste cloache? Rispondi: due interdetti, l'uno proibitorio, l'altro restitutorio, com'è provato dalla legge 1.ª *in princ. ff. de cloacis*, e come dissi più sopra verso il principio. E lo stesso Giovanni nel suo albero delle azioni fece due articoli sopra questi due interdetti.

XIII. *Quaero nono, quae sint necessaria, ut competant ista duo interdicta. Dic tria principaliter. Primum quod sit cloaca, sed quid sit cloaca, vide supra in princ. Secundum quod aliquis prohibeat*

XIII. In nono luogo dimando, quali cose siano necessarie, affinchè competano questi due interdetti? Rispondi precipuamente tre cose; primo, che vi sia una cloaca (e che sia la cloaca, l' ho già indicato avanti nel prin-

Digitized by Google

cere vel purgare cloacam, caveat vicino de damno infect. (1), *et ita tenet Rofr.* (2).

XIV. *Quaero decimo et ultimo: quomodo et qualiter debeant positiones, et qualiter debeat formari libellus* (***), *vide in dicto suo libello, ubi plene. Caetera dic*, ut per text. et gloss. in d. l. 1, et 2, de cloacis.

quegli che vuole ristaurare o purgare la cloaca, guarentisca il vicino del danno eventuale; ciò in forza de' testi e giusta l' opinione di Roffredo.

XIV. Chieggo in decimo ed ultimo luogo, in qual modo e come debbano esser fatte le posizioni, e come si debba formare il libello (***)? Vedi Roffredo nel detto suo libello, dove troverai pienamente di ciò. Pel resto di' come il testo e la glossa nelle leggi 1.ª e 2.ª *ff. de cloacis* (*i*).

(1) *L. 1. et § si quis purganti, de cloacis.*

(*) *Viam publicam.* An liceat aedificare in via publica, et si est aedificatum, an aedificans debeat aedificium removere, vide Corn. 2. *vol., consil.* 281. et quomodo intelligitur verbum, juxta vias publicas: vide Alex., 3. *vol., cons.* 73. 1. *col.* § *fin.* et quasi per totum consilium.

(**) *Forensis.* An dicatur forensis, qui habet domum conductam in civitate, licet firmiter non habitet, vide Corn. 1. *vol., cons.* 209. *et* 4. *vol., cons.* 194. *et cons.* 72. *et in* 2. *vol., cons.* 94. *et consil.* 144. *et* 4. *vol., cons.* 147. *incip. pro decisione.*

(***) *Libellus.* Utrum et quomodo in libellis procedat conclusio generalis, vide Alexan. 1. *vol., cons.* 121. *in* 5. *col.* § *non ob istud*; et quod in libell. verba improprientur, ad finem, ut sustententur, *habes consil.* 121. *in* 2. § *pro hoc etiam*, et de importantia filius clausulae, quae consuevit apponi in libellis, petens super praemissis sibi justitiam ministrari, vide *cons.* 121. *in* 1. *col.* § *alia fundamenta, et in* 5. *col.* § *non ob illud. et quasi per totum cons.* ubi ponit de virtute clausulae non astringens etc. et an libellum obscurum productum a domino possit procurator sine speciali mandato declarare, *habes vol.* 5. *cons.* 78. *circa fin.* 3. *col. in* § *praeterea, in fin.* §.

(2) *In tit. si vis cloacam tuam purgare etc.*

(*) *Strada pubblica.* Se sia permesso fabbricare nella strada pubblica, e qualora sia stato fabbricato, se il fabbricatore debba demolire l'edificio. Vedi Corneo *vol.* 2, *cons.* 281. E come s' intendano le parole *presso le vie pubbliche*, vedi Alessandro, *vol.* 3, *consiglio* 73, *col.* 1, § *fin.*, e quasi in tutto il consiglio.

(**) *Forestiere.* Se si dica forestiere chi ha una casa in conduzione nella città, benchè stabilmente non l'abiti, vedi Corneo *vol.* 1, *cons.* 209; *vol.* 4, *cons.* 194 *e* 72, *e nel vol.* 2, *cons.* 94 *e* 144, *vol.* 4, *cons.* 147, *che comincia* pro decisione.

(***) *Libello.* Se e come ne' libelli abbia luogo la conclusione generale, vedi Alessandro *vol.* 1, *cons.* 121, *col.* 5, § *non ob istud*, e che ne' libelli le parole s'impropriano, affinchè si sostengano, *cons.* 121, § 2, *pro hoc etiam*; e circa l' importanza di quella clausola, che si costuma apporre ne' libelli, colla quale si chiede che sopra le premesse cose ci sia fatta giustizia, vedi il *cons.* 121, *col.* 2, *alia fundamenta, e col.* 5, § *non ob illud*, e quasi in tutto il consiglio, ove si discorre del valore della clausola non astringente ec., e se il procuratore possa spiegare senza uno speciale mandato il libello oscuro prodotto dal padrone, *vol.* 5, *cons.* 78, *verso il fine della* 3 *col. nel* § praeterea *in fin.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XLVIII.

(*a*) Non mi sembra che la cloaca e la latrina siano veramente la stessa cosa.

Mi sembra essere la cloaca un acquidotto o scolatojo sotterraneo destinato a ricevere e scolare, mediante fori che immettono in esso, le acque e le immondezze di una città o di una strada, o soltanto di una o più case.

Invece mi sembra essere la latrina una specie di fossa o serbatojo sotterraneo destinato a ricevere specialmente le materie fecali che vi discendono mediante tubi o doccioni dai varii siti di una casa ove sono collocati gli orifizii o sedili.

Gli orifizii, i tubi, la fossa formano dunque quel tutto che chiamo latrina.

La fossa poi della latrina ora ha sfogo in una cloaca, che ne riceve e scola le materie, ed ora no.

La differenza tra la cloaca e la latrina parmi segnata dall'art. 597 del Codice sardo, che distingue il *pozzo nero*, che secondo me è la cloaca, dalla fossa della latrina.

Della latrina dirò di più altrove.

Le cloache ponno essere pubbliche, ovvero private.

Pubbliche sono quelle che ricevono le acque e le immondezze di una città o di altro luogo abitato, ovvero di una strada di quella o di questo.

Esse in istretto senso sono opere comunali. Ma per quello che ho detto nell' annotazione *d* al Capo XVI essendo destinate a servire ad uso pubblico e non privato, ponno chiamarsi cose pubbliche.

Digitized by Google

Sono poi private le cloache che ricevono soltanto le acque e le immondezze di una o più case.

(*b*) Qui l'autore dice non potere nessuno nella propria casa esercitare arte per la quale si sparga cattivo odore o fetore nel vicinato.

A questo proposito rammenteranno i miei lettori l'ancora vigente decreto italiano del 16 gennaio 1811 n. 20 prescrivente le discipline per la creazione di fabbriche o stabilimenti che producono odore malsano od incomodo al vicinato.

Del resto mi sembra essere o legge od uso costante nei nostri luoghi abitati di non vuotare specialmente fosse di latrina se non a notte avanzata e col permesso dell'autorità comunale, trattandosi di oggetto che interessa la pubblica salute e di operazione che incomoda il pubblico.

E nel vuotarle è necessaria molta cautela trattandosi di lavoro assai pericoloso per chi lo eseguisce attesi i vapori asfissianti che si sprigionano dalle materie.

(*c*) La costruzione, riparazione, purgazione delle cloache sì pubbliche che private sono evidentemente oggetti che interessano la salute pubblica e con ciò un eminente pubblico riguardo.

Lo disse già nel suo energico ed elegante linguaggio il Digesto nel frammento 1.° § 2, libro 43, titolo 23:

Curavit autem Praetor ... ut cloacae et purgentur et reficiantur, quorum utrumque et ad salubritatem civitatum et ad tutelam pertinet; nam et coelum pestilens et ruinas minantur immunditiae cloacarum.

Come oggetto interessante la pubblica salute, i riguardi pubblici, tanto l'ordinare o permettere la costruzione, riparazione, purgazione delle cloache, quanto il vegliare perchè quei lavori sieno bene eseguiti, deve esclusivamente spettare a quelle pubbliche autorità che hanno in tutela quella salute, quei riguardi, cioè alle autorità politico-amministrative.

La cosa andava così nel Regno d'Italia; va così nel Regno lombardo-veneto.

Nel Regno d'Italia infatti, secondo gli art. 39-49 del Decreto sulla polizia medica del 5 settembre 1806 n. 198, la direzione e la custodia della sanità continentale erano affidate ad apposite autorità politico-amministrative, cioè ad un magistrato centrale nella capitale del Regno, ad una Commissione dipartimentale in ogni capoluogo di dipartimento, e ad una Deputazione comunale in ogni comune.

Nel Regno lombardo-veneto a quelle autorità furono sostituiti i Governi (Luogotenenze), per ognuno dei due territorii governativi di Milano e di Venezia, le Delegazioni provinciali per ogni provincia, l'autorità comunale per ogni Comune.

Ed ai tempi italiani ed austriaci quelle autorità, pegli art. 50 e 79 del suddetto Decreto 5 settembre 1806, vegliavano e vegliano su tutti gli oggetti interessanti la pubblica salute nel loro territorio, quindi anche sugli oggetti delle cloache.

Inoltre provvedevano e provvedono secondo le circostanze anche con parziale regolamento, perchè la salute dei cittadini non risentisse e non risenta pregiudizio da qualunque occasione capace di produrre malattie, dunque anche, perchè non risentissero e non risentano pregiudizio nella salute per occasione delle cloache.

Chi dunque vuole ora costruire, riparare, purgare una sua cloaca dee chiederne ed ottenerne permesso dalle sue amministrative autorità. Dee poi adempiere le condizioni

Digitized by Google

Chiesto da me quel permesso, ad esse sole spetta ed esse deggiono indagare e riconoscere se pei pubblici riguardi quella cloaca debba o no essere costruita.

Libero a te, o come cittadino, o come vicino, o come proprietario, o come comproprietario del terreno nel quale voglio costruirla d' insistere perchè quelle autorità me ne neghino il permesso.

Ma quando con decisione passata in giudicato abbiano riconosciuto richiedere i pubblici riguardi che venga costruita, e mi abbiano per conseguenza dato permesso di costruirla, tu dovrai adattarti a quella decisione e lasciarmi costruire la cloaca, nè per impedirmelo potrai validamente rivolgerti al potere giudiziario, che sarebbe incompetente a conoscere e decidere una quistione nella quale sarebbe misto il pubblico interesse.

E parmi perfino che se in questo caso i pubblici riguardi esigessero che la cloaca fosse costruita in un terreno di tua o di nostra comune proprietà, quelle autorità potrebbero, anzi dovrebbero, te renitente, obbligarti a cedermi verso indennizzamento la proprietà o la comproprietà del terreno necessario per la costruzione.

Che se invece quelle autorità avessero riconosciuto non esigere i pubblici riguardi che la mia cloaca venga costruita, ed io avessi chiesto di costruirla sul terreno o tuo od a noi comune, allora parmi che non assentendo tu alla costruzione o dissentendovi, esse potrebbero bensì dichiarare non esistere (quando non esistessero) per le viste pubbliche impedimenti a quella costruzione, ma che del resto non potrebbero accordarmi il permesso di eseguirla, e dovrebbero rimettermi, involvendo la quistione soltanto riguardi privati, a far valere contro di te ogni mia ragione dinanzi al foro civile.

Questi sono i principii che in fatto di riguardi pubblici e privati vidi in altri casi adottati dalle nostre autorità amministrative. Essi mi sembrano giusti ed applicabili anche al caso di una cloaca.

Così p. e. dietro un dispaccio dell' aulica Cancelleria del 10 luglio 1840 n. 18271 il Governo di Venezia con Decreto 8 agosto di quell' anno n. 29162 rescrisse alla Delegazione provinciale di Padova, che quando si tratti di controversie non involventi pubblico interesse tra privati e consorzii di acque (sebbene questi ultimi, come dichiarò lo stesso Governo coll'altro Decreto 30 giugno 1838 n. 25215, sieno corpi tutelati), le parti debbano dalle autorità amministrative venir rimesse al foro civile senza entrare nel merito delle vicendevoli loro ragioni e senza emettere una così detta nozione in via appunto amministrativa.

L' aulico Dispaccio poi 7 agosto 1843 n. 23148 da me riportato nell' annotazione *g* al Capo XXX ha deciso il caso seguente.

Un Municipio avea ordinato ad un comproprietario di una casa situata su terreno privato e non soggetto per la sua situazione a servitù di pubblico passaggio, di ristaurarla ad instanza degli altri comproprietarii di essa.

Non avendola quel comproprietario ristaurata, il Municipio l' avea fatta ristaurare di uffizio a spese di esso.

L' aveva poi escusso cogli atti fiscali onde rimborsarsi della sostenuta spesa.

Sul ricorso di quel comproprietario, l' aulica Cancelleria decise:

che non sussistevano nel caso particolare eminenti vedute di pubblico interesse per giustificare l' intervento della pubblica autorità:

che, ciò stante, le eventuali lagnanze dei comproprietarii pei ristauri da farsi nella casa comune appartenevano per la decisione al foro civile;

ch' era fondato il ricorso di quel comproprietario contro il pagamento della spesa impostagli per le spese eseguite d' uffizio dall' autorità municipale, e contro l' incasso in via fiscale;

che l' autorità municipale dovea considerarsi come un mandatario senza incumbenza in quell' affare, e che se non le riuscisse di transigere col reclamante pel compenso delle spese fatte nella casa, avrebbe potuto, trovandolo opportuno, battere la via del foro civile

Digitized by Google

Anche questi principii non possono non essere applicati eziandio al caso delle cloache.

(*d*) Partendo dal principio che la tutela della pubblica salute spetta esclusivamente alle autorità amministrative, mi sembra non soggiacere a dubbio ch' essendo io in qualunque modo utente di una cloaca, ed avendo da quelle autorità per quel pubblico riguardo avuto ordine o permesso di ristaurarla o purgarla, nessuno possa impedirmi di farlo. Opponendosi taluno, la opposizione, per trattarsi appunto di riguardi pubblici, sarà oggetto di discussione e di decisione amministrativa e non giudiziaria.

(*e*) Se la definizione che ho dato della cloaca nell' annotazione *a* al presente Capo è giusta, e se giusta è la differenza ivi da me fatta fra la cloaca e la latrina, potrò immaginare che nel muro a me e ad altri comune si possa bensì costruire una latrina, ma non una cloaca.

Di quella latrina in quel muro comune parlerò poi nelle annotazioni al Capo LXV.

(*f*) Il Governo di Venezia col Decreto 30 ottobre 1829 n. 39571 avea ordinato che le discipline vigenti onde preservare le strade ed arginature regie venissero applicate anche alle strade ed arginature comunali e consorziali, limitatamente alle linee già riconosciute ed adattate e consegnate in manutenzione o pronte ad esserlo.

Quindi la Delegazione provinciale di Padova coll' avviso 22 settembre 1840 n. 29305 raccolse e pubblicò quanto i vigenti regolamenti prescrivevano per le strade ed arginature regie, e lo applicò anche alle strade ed arginature comunali e consorziali.

Coll' art. 8 di quell' avviso fu vietato ai privati di formare cunette o scoli attraversanti le strade comunali, come ciò era vietato per le regie strade.

Inoltre a chi volesse divergere le acque dall' uno all' altro lato di una strada comunale fu ordinato, come per le strade regie, di farlo mediante tombino costruito nelle forme stabilite dall' autorità locale, e di obbligarsi a continuamente conservarlo.

Io non posso dunque per quelle norme mandare l' acqua e meno le materie fetenti e sconcie della mia cloaca mediante cunetta o scolo sopra una strada o regia o comunale. Molto meno posso farlo senza cunetta o scolo.

Posso bensì mandarle mediante tombino sotto di esse, ma sempre col permesso dell' autorità amministrativa e nelle forme da essa stabilite, vale a dire in modo che la sicurezza, la libertà, la comodità, la polizia anche nei riguardi sanitarii della pubblica via non ne sieno compromesse.

(*g*) Lo stesso direi per l' acquidotto che volessi costruire dalla mia cloaca a quella via pubblica per gittare al di sopra od al di sotto di questa l' acqua e le materie di quella.

(*h*) Se fosse possibile che invece dell' uso io avessi l' usufrutto di una cloaca nel senso nel quale s' intende esservi usufrutto per l' art. 578 del Codice Napoleone e pel § 509 dell' austriaco, le spese dei ristauramenti e delle riparazioni di essa (riparazioni secondo la legge civile italiana, ristauri, compimenti, ristabilimenti, secondo il testo tedesco dell' austriaca), starebbero a mio carico come usufruttuario nei limiti degli art. 605-607 del primo e dei §§ 513-516 del secondo di quei Codici.

E qui non parmi fuor di luogo indicare a chi incomba la spesa della costruzione, riparazione, purgazione di una cloaca.

Se essa dee servire o serve ad uso del Comune soltanto, la spesa ne incombe per intiero al Comune.

Se ad uso soltanto di un privato, a questo ne incombe del tutto la spesa.

Digitized by Google

in proporzione della quota che ha nella comunione, ritenuto che in dubbio le quote deggiono presumersi eguali.

Rammento poi qui i decreti del Governo di Venezia dei 15 ottobre 1835 e 24 febbraio 1842 num. 36374 e 2738 sulla competenza passiva delle spese dei conduttori (che, secondo me, sono cloache), i quali percorrendo sotterraneamente le strade pubbliche a Venezia, danno sfogo alle materie delle private abitazioni.

Faccio anche la seguente questione.

Pei riguardi della pubblica salute un Comune fa ristaurare o purgare una pubblica cloaca della quale usano anche alcuni privati.

A chi spetterà determinare la spesa del lavoro e farlo eseguire?

Mi sembra al Comune e come autorità politico-amministrativa cui spetta la tutela della pubblica salute, e come amministratore dei beni comunali fra i quali havvi anche quella cloaca che non perde la qualità di pubblica, perchè anche alcuni privati ne fanno uso.

A chi spetterà poi liquidare la fatta spesa, ripartirla fra il Comune e i privati in proporzione del rispettivo loro uso, e riscuotere la quota di spesa a questi ultimi incombente?

E con qual mezzo si riscuoterà dai privati la loro quota quando volontariamente non la pagassero?

Secondo me quella spesa sarà liquidata, ripartita, riscossa per le quote toccanti ai privati dal Comune come autorità amministrativa.

E se essi volontariamente non la pagano, potrà escuterli al pagamento col mezzo della privilegiata esecuzione fiscale ossia amministrativa.

E tutto ciò, a parer mio, per le seguenti ragioni.

Il Comune che pei riguardi della pubblica salute ha ordinato la riparazione, la purgazione della pubblica cloaca, dee liquidare e pagare la spesa di quei lavori a chi per ordine di esso gli ha eseguiti.

Ma incombendo ai privati supplire ad una parte di quella spesa perchè usano della cloaca, il Comune, che deve pagarla per intiero a chi ha eseguito i lavori, paga anche la quota a quei privati spettante.

Dunque è creditore verso di essi di quella quota.

Questo credito che ha verso di essi è fondato nel pubblico diritto, perchè dipendente da lavori ordinati, eseguiti, pagabili dal Comune pegli eminenti riguardi della pubblica salute.

Come credito fondato nel pubblico diritto, liquidarlo, assegnarne ai privati le quote che deggiono pagarne, obbligarli a pagare quelle quote, non può essere di competenza dell' autorità giudiziaria che s' ingerisce soltanto ove trattasi del privato diritto.

Dev' essere invece di competenza dell' autorità amministrativa cui esclusivamente spetta conoscere, giudicare, eseguire, ove si tratti del pubblico diritto, e di tutte le conseguenze che dall' esercizio di esso possono derivare.

Dunque nel caso concreto la spesa incontrata nel ristauro o nella purgazione della pubblica cloaca sarà liquidata, ripartita, riscossa per le quote spettanti ai privati dal Comune come autorità amministrativa.

Ed in caso di bisogno sarà riscossa dai privati mediante la privilegiata esecuzione amministrativa così detta fiscale.

I dispacci aulico e vicereale de' 9 agosto 1832 e 14 gennaio 1833 num. 17950 e 146 da me accennati nell' annotazione *g* al Capo XXX contengono principii sui quali rivolgo

A chi spetterà liquidare la spesa incontrata per quei lavori, ripartirla fra quei privati in proporzione del loro uso, farne pagare la quota incombente a quello fra essi che non volesse volontariamente pagarla?

Qui a dir vero distinguerei.

O quei lavori pei riguardi della pubblica salute furono non solo ordinati, ma dovettero anche essere fatti eseguire d' uffizio a spese dei privati dal Comune come autorità amministrativa, ed allora il Comune che ha il dovere di pagarne la spesa a chi per suo ordine gli ha eseguiti, è creditore di quello che per tal conto dee spendere od ha speso, verso gli utenti privati.

Il suo credito, come ho detto nell'antecedente quistione, è fondato nel pubblico diritto, perchè dipende da lavori ordinati, fatti eseguire e pagabili o pagati dal Comune pegli eminenti riguardi della pubblica salute.

Dunque, come ivi ho pur detto, liquidare quel credito, ripartirlo fra i privati che hanno l' obbligo di pagarlo al Comune, riscuoterlo da quelli che volontariamente non volessero pagarlo mediante la privilegiata esecuzione fiscale, sarà di esclusiva competenza del Comune stesso come autorità amministrativa.

Liquidare, ripartire, riscuotere anche coll' uso degli atti fiscali dai proprietarii di case, le spese incontrate d' uffizio da un Comune, nella riparazione e nella demolizione di quelle case minaccianti rovina, o nell' incanalamento e nella condotta delle acque lungo i muri di esse, spetta indubbiamente all' autorità amministrativa per quello che hanno disposto i Dispacci aulico e vicereale del 9 agosto 1832 n. 17950 e del 14 gennaio 1833 n. 146 da me di sopra citati, perchè si tratta di sicurezza e d' interesse pubblico.

Liquidare e riscuotere anche coll' uso degli atti fiscali le antecipazioni e spese sopportate da un Comune per la cura, il mantenimento e ricovero di malati venerei, scabbiosi, contagiosi, cronici e maniaci spetta pure indubbiamente all' autorità amministrativa per quello che hanno disposto i vicereali Dispacci portati dai decreti del Governo di Venezia dei 16 agosto 1832, 10 ottobre 1833 e 3 aprile 1846 num. 28680, 38956, 12026 perchè si tratta di pubblica salute.

Perchè lo stesso non dee essere anche per una cloaca privata che un Comune avesse fatto ristaurare o purgare d' uffizio per motivo di pubblica salute a spese dei proprietarii di essa?

Ma se invece la ingerenza del Comune come autorità amministrativa ad altro non si estese se non che a permettere ovvero ad ordinare per le vedute della pubblica salute a quei proprietarii la riparazione o la costruzione della loro cloaca, e se essi fecero eseguire a loro spese quei lavori, sembra che il Comune coll' aver dato il permesso o l' ordine di ristaurarla o purgarla e coll' avere vegliato ed ottenuto che fosse riparata o purgata nel modo voluto dai pubblici riguardi abbia soddisfatto a tutto ciò che il pubblico diritto ed interesse esigevano. Che i proprietarii di essa nel ristaurarla e purgarla nel modo loro prescritto dall' autorità amministrativa abbiano speso di più o di meno; che questa spesa venga fra essi liquidata e ripartita; ch' essendo stata incontrata da uno solo fra essi, gli altri gliene paghino le quote loro incombenti, sembra non toccare per nulla il pubblico interesse e diritto, e toccare invece soltanto l' interesse e diritto privato di quei proprietarii. Se intorno a tutto ciò nascessero quistioni sembra dunque che non toccando esse quel pubblico interesse e diritto non debbano essere di competenza amministrativa. Sembra invece che toccando il solo interesse e diritto privato dei proprietarii della cloaca debbano essere di giudiziaria competenza.

Digitized by Google

tutto ciò che fosse stato fatto in una cloaca pubblica o sopra di essa in modo da deteriorarne l' uso.

Che cosa dovrebbe dirsi fra noi sul proposito di quei due interdetti?

A parer mio il proprietario di una cloaca o pubblica o privata ha pei pubblici riguardi, più che il diritto, il dovere di ristaurarla o purgarla.

Ha talora, più che il diritto, l' obbligo per quei riguardi di costruirne una nuova.

Trattandosi appunto di oggetti interessanti quei riguardi, parmi essere di competenza della sola autorità politico-amministrativa, tanto l' ordinare o permettere la costruzione, riparazione, purgazione di una cloaca, quanto l' adottare tutte le misure perchè nessuno impedisca che venga costruita, riparata, purgata.

E per la tutela che le incombe di quei pubblici riguardi, parmi egualmente che l' ordinare che venga tolto da una cloaca tutto quello che vi è stato fatto deteriorandone l' uso spettar debba soltanto a quell' autorità, la quale, se ha il potere di ordinarlo, dee avere anche il potere di farlo eseguire.

Ordinare dunque, permettere, proibire, far eseguire, spetta nei casi dei quali poc' anzi ho parlato a quell' autorità.

Ma a nessun privato è proibito di rivolgersi ad essa domandando che permetta, proibisca, ordini, faccia eseguire, se anche gli è tolto di far tutto ciò da sè stesso.

Digitized by Google

CAPUT XLIX.

DE FISTULA.

I. *Fistulae quid proprie sint.* — II. *Castellum quid proprie dicatur.* — III. *Licentiam habens a principe vel superiore avertendi aquam ex publico, debet eam ducere per castellum, vel per fistulas, ne matrices fistulae corrumpantur: et contra faciens concessionis beneficium perdit, et etiam in corpore punitur.* — IV. *Socio an liceat facere in pariete communi fistulam, vel canale aliquod per quod aqua pluvia arceatur, sive recipiatur.* — V. *Domorum in venditione an etiam servitutes veniant.*

I. *Fistulae sunt vasa plumbea, vel fictilia, aut lignea, per quae ex castello, vel ex coelo aqua ducitur* (1), *et dixi aliquid supra de cloacis, in princ., et vocantur quandoque matrices* (2), *et regulariter apud nos dicuntur canalia, et possunt consistere ex quacunque materia.*

II. *Et dicitur castellum receptaculum, quod aquam recipit* (3), *et dicitur propter locum circumdatum ad modum castelli, ubi congregatur et unde ducitur aqua* (4).

III. *Et not. quod habens licentiam a principe vel superiore avertendi aquam ex publico debet eam ducere per castellum, per fistulas, ne matrices fistulae corrumpantur: et contra faciens perdit be-*

CAPO XLIX.

DEL CONDOTTO.

I. Che cosa propriamente sia il condotto. — II. Che cosa veramente si dica essere *castello.* — III. Chi ha licenza dal principe o dal superiore di divertire l'acqua dal pubblico, deve questa condurre mediante un canale o mediante cannoni, affinchè le matrici del condotto non si corrompano, e chi ciò non osserva, perde il beneficio della concessione ed è punito eziandio nel corpo. — IV. Se sia permesso al comproprietario costrurre nel muro comune qualche condotto o canale, pel quale l'acqua piovana si scarichi o si riceva. — V. Se nella vendita delle case si comprendano anche le servitù.

I. I condotti sono vasi di piombo, o di terra, o di legno, per i quali l'acqua si conduce o da un castello o dal cielo, come dicono i testi, e già d'essi ho discorso prima parlando delle cloache, in sul principio; e si chiamano talora anche matrici, ma presso noi ordinariamente sono appellati canali, e possono esser fatti di qualsivoglia materia.

II. *Castello* poi si chiama quel serbatoio che riceve l'acqua, e così si noma a cagione del luogo ch'è circondato a guisa di castello, ove l'acqua si raccoglie e donde si conduce (*a*).

III. E deve notarsi che chi ha licenza dal principe o dal superiore di divertire l'acqua dal pubblico, deve condurla mediante un castello e condotti, affinchè le matrici del canale non si corrompano, e chi

Digitized by Google

IV. *Nunquid autem liceat socio facere in pariete communi fistulam vel aliquod canale, per quod aqua pluvia arceatur sive recipiatur? Dic quod non* (1). *Et ita tenet Angel. et Dd.* (2). *Et idem tenet Joan. Pet. de Papia* (3), *ex hoc notab. quod etiam in pariete communi, non licet etiam facere aquarolum vel sicculum, secundum Barth. qui etiam ita not.* (4), *imo plus non licet habere aquarolum in pariete proprio, si per eum aqua missa inundaret in parietem vicini* (5): *et ibi hoc tenet Bart. et adde omnino quae dicam infra de balneo et necessario et cellario, et in specie de aquarolo seu canali: et ea quae dicuntur hic, et plurimorum conveniunt.*

V. *Sed an praedicta veniant in venditione domorum? Dic quod sic* (6).

(1) *L. fistulam,* 19. *ff. de serv. urban. praed. l. fistulas, si serv. send.*
(2) *In l. inter quos, in 4. col. in princ. in versic. simile in pariete, de damn. infect.*
(3) *In ult. libro, in antepen. gloss.*

IV. È poi permesso al comproprietario costruire nel muro comune un condotto o qualche canale, pel quale l' acqua piovana si scarichi o si raccolga? Rispondi che no. Così ritengono Angelo ed i Dottori, e così pure Giampietro da Pavia; donde il notabile che nel muro comune neppure è permesso costruire un acquaio o secchiaio, secondo Bartolo; anzi neppure è lecito tenere l' acquaio nel proprio muro, qualora per esso l' acqua gettata innondasse il muro del vicino; e così pure ritiene lo stesso Bartolo, ed aggiungi totalmente quello che dirò fra poco circa il bagno, la latrina, la dispensa, e specialmente intorno l' acquaio o canale, e ciò che qui si dice a molte altre cose conviene (*c*).

V. Ma le predette cose si comprendono nella vendita delle case? Rispondi che sì (*d*).

(4) *Per l. fistulam: per illum text. de servit. urban. praed.*
(5) *Ut d. l. fistulam.*
(6) *Text. est in d. l. fundi § Labeo, et in l. venditor hominis, § fin. de act. empt. et l. fistulas, in princ. de contrah. empt.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XLIX.

(*a*) Che cosa sia la fistola lo spiega il Romagnosi nel suo trattato *Della condotta delle acque* da me altrove citato, volume 2, Milano tipografia di Commercio 1823 pag. 102.

E che cosa s' intenda per castello (di acqua) lo spiega a pagine 93, 94.

(*b*) Non sembrami almeno ora esatto quel che dice qui l' autore, che cioè chi ebbe concessione dal governo di derivare acque pubbliche debba farlo soltanto mediante castello o mediante fistola.

Almeno per noi quella concessione per l' art. 2 del Decreto italiano 20 maggio 1806 n. 36 sulle irrigazioni, determina anche il modo dell' estrazione dell' acqua.

Quel modo può essere secondo le circostanze diverso.

Può essere determinato cioè, che l' acqua debba essere erogata non mediante castello o mediante fistola soltanto, ma in generale mediante o rivi sotterranei (trombe a sifone), o rivi solcanti la superficie del suolo (canali, cavi), o acquidotti costruiti al di sopra del suolo (ponti-canali, condotti sopra arcate).

Può essere determinato che venga erogata mediante doccioni o cannoni corrispondenti alle fistole antiche, o mediante trombe, *specus*, rivi, canali coperti o scoperti ecc.

Veggasi su questo proposito il Romagnosi, nel volume 6 della suddetta opera pagine 99 e 100, ripetuto dal Pagani nel suo Repertorio alla voce *Acquidotto*.

(*c*) La quistione se il comproprietario di un muro comune possa senza assenso degli altri comproprietarii costruire in quel muro un condotto o qualche canale pel quale si scarichi l' acqua piovana, può essere considerata secondo la legge amministrativa o secondo la legge civile.

Quando l' autorità amministrativa pei pubblici riguardi abbia con decisione passata in giudicato ordinato od anche permesso ad un comproprietario di quel muro di costruirvi quel condotto o canale, parmi che gli altri comproprietarii deggiano adattarsi a quella decisione e non possano impedirgli di farlo.

Anche in questo caso parmi applicabile ciò che ho detto specialmente nell'annotazione *c* al precedente Capo nell' altro caso in cui l' autorità amministrativa per quei pubblici

Digitized by Google

riguardi, ordini ovvero permetta ad un proprietario o comproprietario di un terreno di costruire in esso una cloaca privata.

Veggasi anche intorno a questo argomento il vicereale Dispaccio 14 gennaio 1833 n. 146 da me riportato anche nell' annotazione *g* al Capo XXX, e che tratta dei lavori d' incanalamento e di costruzione dei tubi di condotta delle acque piovane lungo le case private fronteggianti le pubbliche vie.

Ciò per la quistione considerata secondo la legge amministrativa.

Considerata poi quella quistione prescindendo dalla legge amministrativa, e soltanto secondo la legge civile, o quel muro comune non è divisorio, o è divisorio.

Se non è divisorio, quel condotto o canale non potrebb' esservi costruito da un solo comproprietario, senza assenso di tutti gli altri comproprietarii per quello che dispone l' art. 1859 n. 4 del Codice Napoleone, e senza assenso di quegli altri comproprietarii ovvero senza una delle decisioni ch' equivalgono al suddetto assenso, per quello che stabiliscono i §§ 827, 833, 834, 835 del Codice austriaco.

Se quel muro comune poi è divisorio, quel comproprietario per l'art. 662 del Codice Napoleone potrebbe farvi incavi o coll' assenso degli altri comproprietarii o dopo di aver fatto da periti determinare i mezzi necessarii onde l' opera non riesca di danno alle ragioni di quelli. A tale condizione parmi che potrebbe farvi il suddetto condotto o canale, che sarebbe o un incavo o simile ad un incavo.

Per l' art. 855 poi del Codice austriaco, quel comproprietario potrebbe usare del muro comune divisorio fino alla metà nella grossezza. Dunque dalla sua parte in quella metà potrebbe fare anche condotti o canali, a condizione però che non vi abbia pericolo o danno pel muro, e che non venga impedito all' altro comproprietario l'uso della sua metà.

(*d*) I condotti o canali del muro di una casa sono pertinenza di quella casa.

Dunque venduta la casa senza far cenno di essi, sono in generale compresi nella vendita.

Per escluderveli converrebbe prima di tutto che potessero esserne esclusi.

Potrebbero esserne, p. e., esclusi i tubi attaccati al di fuori del muro di una casa ed asportabili, che servono a condurre dal tetto di essa al suolo l' acqua piovana.

Mi pare invece che non potrebbero esserne esclusi i condotti o canali inservienti a quello scopo ed incavati nel muro della casa.

E quando i suddetti condotti o canali potessero, come ho detto, essere esclusi dalla vendita della casa, converrebbe, per poter considerarli non compresi in essa, che le parti gli avessero esclusi.

Digitized by Google

CAPUT L.

DE FURNO.

I. *Furnum si juxta communem parietem habeas, et damnum parieti dat, vel verisimiliter dare potest, an secum agi possit.* — II. *Furnum seu molendinum in aliqua villa vel vicinia si quispiam habuerit, et habeat, et omnes de dicto loco jam longissimo tempore etiam eo cujus in contrarium memoria non existat, semper venerunt ad dictum furnum, seu molendinum pro pane coquendo seu macinando, et alius furnum noviter construere velit: an ne construat prohibere possit.* — III. *Promiserit si mihi quispiam coquere panes in furno suo pro tota mea familia, an haec servitus vel obligatio personalis esse dicatur.* — IV. *Promiserit si aliquis mihi et Titio quod possim coquere in furno suo omni hebdomada decem sestaria frumenti, et Titius decesset; utrum Titii portio mihi accresceat.* — V. *Pactum si fecerim cum furnario, ut coqueret panem pro me et familia mea singulis annis: vel perpetuo: quod sibi darem omni anno 10. lib. sed tunc habebam duos filios tantum, et postea mihi plures alii filii nati sunt, et sic famil. mea aucta est: an mihi panem pro eodem pretio coquere teneatur.* — VI. *Servitus si luminibus imposita sit, tam de praesentibus, quam de futuris simpliciter intelligitur.* — VII. *Inspicitur multoties quod evenire potest.* — VIII. *Contrariorum eadem est disciplina.* — IX. *Conduxit si quispiam unum molendinum cum quatuor rotis, et convenit praestare modios 10. pro qualibet rota: et postea conductor ibi aliam rotam construxerit, an pro illa nova rota aliquid solvere teneatur* — X. *Paterfam. cum abate et conventu ejusdem monasterii si pactus fuerit, quod molendinum dicti monasterii sibi et familiae suae pro certa pensione molere deberet, sine laesione dicti monasterii pacti initi tempore: et*

CAPO L.

DEL FORNO.

I. Se tu hai un forno presso il muro comune ed a questo arreca danno o verisimilmente il può recare, si può agire contro di te? — II. Se taluno ebbe già ed ha tuttogiorno in certo villaggio o contrada un forno od un mulino, e tutti gli abitanti di quel luogo da lunghissimo tempo, cioè dal suo principio, di cui non resta memoria in contrario, sempre andarono al detto forno o mulino per cuocere il pane e per macinare; ed un altro voglia costruire un altro forno o mulino, potrà proibirgli di ciò fare? — III. Se taluno mi avrà promesso di cuocere nel suo forno il pane per tutta la mia famiglia, questa si dirà essere servitù od obbligazione personale? — IV. Se alcuno avrà concesso a me ed a Tizio che possiamo cuocere nel suo forno dieci staia di frumento per ogni settimana, e Tizio sia morto, la sua porzione s'accrescerà alla mia? — V. S'io avrò pattuito con un fornaio che egli abbia a cuocere il pane per me e per la mia famiglia di anno in anno, o perpetuamente, dandogli in correspettivo 10 lire ogni anno; ma in quel tempo io aveva due soli figli, e poscia altri me ne son nati, ed in tal guisa crebbe la mia famiglia, sarà egli obbligato a cuocermi il pane per lo stesso prezzo? — VI. La servitù imposta alla finestra s'intende esser imposta semplicemente sì nel presente che nel futuro. — VII. Molte volte si considera ciò che puote accadere. — VIII. Eguale è la legge dei contrarii. — IX. Se taluno condusse un mulino con quattro ruote, e convenne di dare 10 moggia per ciascuna ruota, e poscia ne abbia costrutta un'altra, sarà obbligato a pagare alcunchè per questa nuova ruota? — X. Che sarà di diritto, se un padre di famiglia avrà stipulato coll'abate e col convento d'uno stesso monastero, che il mulino di questo debba macinare per esso e per la

Digitized by Google

pretium seu solarium crescere debet. — XV. *Famulus si convenit stare cum tribus scholaribus pro certo pretio quolibet mense: et unus scholaris moritur, vel recedit, solarium minui debet.* — XVI. *Conventio ad incognita non extenditur.* — XVII. *Infinitas evitanda est.* — XVIII. *Concessum si fuerit alicui, quod in aliquo nemore pro se et familia sua ligna incidere deberet, et multis familiis recedat, an et quantum incidere possit.* — XIX. *Praedium si quispiam alicui monasterio dederit, ut perpetuo ad suum molendinum sibi et filiis suis granum molere deberet: et postea filii superexcreverint, quid juris.* — XX. *Monasterium si promisit mihi et familiae meae molere frumentum, non tenetur haeredibus molere in majori quantitate, quam mihi teneretur.* — XXI. *Promiserit si rusticus quidam cuilibet canonico pro anniversario* 10. *dare: et promissionis tempore non erant nisi* 10. *canonici, deinde* 20. *existant, an omnibus teneatur.* — XXII. *Perpetuo seu in perpetuum quis se obligare potest.* — XXIII. *Furnum in muro communi, invito socio, vel juxta vicini murum, eo invito, an facere liceat.*

— XV. Se un famiglio convenne di stare al servizio di tre scolari per un certo salario mensuale, ed uno di questi scolari muore o recede dal patto, il salario si deve diminuire. — XVI. La convenzione non si estende alle cose incognite. — XVII. Deve schifarsi l'infinità. — XVIII. Se sarà stato concesso a taluno che possa tagliar legna in un dato bosco per sè e per la sua famiglia, e muoia lasciando molte famiglie, potranno queste tagliare, e quanto? — XIX. Se taluno avrà dato un fondo a qualche monastero, per lo scopo di potere perpetuamente macinare al suo mulino il grano per sè e per la sua famiglia, e di poi sia cresciuto il numero dei figli, che sarà di diritto? — XX. Se un monastero promise di macinare il frumento per me e per la mia famiglia, non è obbligato a macinar pegli eredi in maggior quantità di quella per la quale era obbligato verso di me. — XXI. Se certo villano avrà promesso di dare dieci a ciascun canonico in ogni anniversario, ed i canonici al tempo della promessa non erano se non dieci, poscia salirono a trenta, sarà egli tenuto verso di tutti? — XXII. Chiunque può obbligarsi in perpetuo o perpetuamente. — XXIII. Se sia lecito costruire un forno nel muro comune o presso il muro comune contro voglia del socio?

I. *Si furnum juxta communem parietem habeas, et damnum dat parieti, vel verisimiliter dare potest, an tecum agi possit? Dic si damnum dedit parieti: puta quia paries exustus sit, agi potest actione in factum l. Aquiliae* (1). *Sed si non damnum dederit, an possit peti cautio de damn. infect. Et videtur quod sic:* per d. § si furnum. *In contrarium videtur,* per d. praeterea, *gloss. ibi solvit pluribus modis. Sed tu breviter concludas: aut timetur damnum ex vitio furni tantum: aut ex vitio seu culpa furnarii tantum: aut ex vitio seu culpa furni et furnarii. Primo casu, quando timetur damnum ex vitio furni tantum, potest peti cautio* (2). *Et est ratio, quia tunc istud vitium cadit in actionem in factum utilem l. Aqu. quae non excludit istam cautionem ut ibi et ita tenet Bart. et Dd.* (3) *et Flor.* (4). *Secundo casu quando timetur damnum ex vitio furnarii tantum, et tunc subdistingue: Aut damnum timetur ex facto furnarii: aut ex non facto, puta negligentia vel omissione: si ex facto, puta quia imponit in furno maximum ignem: et tunc non competit cautio damni infecti* (5) *ut net na-*

I. Se tu hai un forno presso il muro comune, ed a questo reca danno, o verisimilmente il può recare, si può agire contro di te? Rispondi che sì, se apportò danno al muro, perchè, per esempio, questo s'abbruciò, e si può agire coll'azione *in fatto* della legge Aquilia. Ma se non recò danno, si può chiedere cauzione pel danno temuto? Sembra che sì pel § *si furnum* della legge *si servus ff. ad leg. Aquil.*; e sembra l'opposto pel § *praeterea* della legge *fluminum ff. de damno infecto*, sul quale la glossa risolve la questione in varii modi. Ma tu brevemente conchiudi: o si teme danno solamente dal vizio del forno, oppure dal vizio o colpa del fornaio soltanto, oppure dal vizio o colpa del forno e del fornaio. Nel primo caso, quando si teme danno dal vizio del forno soltanto, si può chieder cauzione; e la ragione si è questa, che allora tal vizio cade nell'azione del fatto utile della legge Aquilia, la quale non esclude sì fatta cauzione, come ritengono Bartolo, Floriano ed i Dottori. Nel secondo caso, quando si teme danno soltanto dal vizio del fornaio, ed allora suddistingui. Od il danno si teme dal fatto del fornaio, o dal non fatto, [illegible]

Digitized by Google

tra ipsum. actio. l. Aqui. direct. (1), *et ista actio est directa ordinaria, quod facit cessare cautionem damni infecti, quae est extraordinaria* (2). *Si vero timetur damnum ex non facto, puta ex negligentia vel omissione furnarii: et tunc potest peti cautio: quia non competit actio l. Aqui.* (3). *Tertio casu principali, quando timetur damnum ex culpa furni, et furnarii simul: tunc die idem quod in primo casu, scilicet quod possit peti cautio, secundum Bartol. et Dd.* (4), *et circa praedicta vide omnino Ang.* (5) *et Flor.* (6).

II. *Secunda quaestio est, quidam habuit, et habet furnum seu molendinum in aliqua villa, vel vicinia: et omnes de dicto loco jam longissimo tempore etiam ejus initii, cujus non extat memoria in contrarium, semper venerunt ad dictum furnum, seu molendinum pro pane coquendo seu macinando, alius vult furnum seu molendinum noviter construere, an possit prohibere ne construat. Et videtur quod sic, quia non debet immutari antiqua consuetudo in praejudicium alterius* (7). *Sed contrarium est verius: quia in suo licitum est aedificare: etiam si noceat alieno* (8), *et ibi hoc not. in terminis Innoc. et Anton. de Butr. et communiter Dd. et praedicta intellige vera, nisi servitus vel obligatio personalis esset imposita* (9): *vel nisi esset praescriptum: quae praescriptio non currit, nisi a tempore quo alius voluisset aedificare furnum vel molendinum: et propter prohibitionem sibi factam destitisset* (10): *et de ista quaest. vide per gloss. et Dd.* (11), *et per Bart.* (12), *et per Flor.* (13), *et originaliter ista fuit quaest. Pil. 36, quae incip. quidam falinarius, et de ista materia et quomodo formari libellus, et positiones fieri debeant, vide in materia libellorum composita a domin. Pet. Jac. anno M. 1347.*

dalla legge Aquilia: e quest' azione è diretta ordinaria, che fa cessare la cauzione del danno temuto, mentre la cauzione è straordinaria. Se poi si paventa danno dal non fatto, verbigrazia dalla negligenza o dalla omissione del fornaio, ed allora si può chieder la cauzione, perchè l' azione della legge Aquilia non compete. Nel terzo caso principale, cioè quando si teme danno dalla colpa del forno e del fornaio insieme, di' lo stesso come nel primo caso, vale a dire che si può chieder cauzione, secondo Bartolo ed i Dottori; e circa le predette cose consulta onninamente Angelo e Floriano (*a*).

II. La seconda questione è la seguente. Certuno ebbe ed ha tuttogiorno un forno o mulino in una villa o contrada, e tutti gli abitanti di quel luogo già da lunghissimo tempo, anzi dal suo principio, di cui non resta memoria in contrario, sempre andarono al detto forno o mulino per cuocere il pane o per macinare. Ora un altro vuol costruire un nuovo forno o mulino. Potrà il primo proibirgli di fabbricarlo? Sembra che sì, perchè non deve mutarsi l' antica consuetudine in pregiudizio di alcuno. Ma l'opinione opposta è più vera; avvengachè sia lecito fabbricare nel proprio, ancorchè si nuoccia all' altrui. Ciò notano precisamente Innocenzo ed Antonio da Butrio e comunemente i Dottori; e le ora dette cose intendi esser vere, se però non fosse imposta una servitù od obbligazione personale, oppure non vi fosse prescrizione; la quale non decorre se non dal tempo nel quale l' altro avrebbe voluto fabbricare il forno o mulino, e desistette dal farlo in forza della proibizione. E intorno tale questione vedi la glossa ed i Dottori, e Bartolo e Floriano: anzi questa fu in origine questione di Pillio, N.° XXXVI, la quale comincia *quidam falinarius*; e circa la stessa materia, e sul modo col quale si deve formare il libello e fare le posizioni, vedi l' opera su queste composta da messer Pietro Jac. nell' anno 1347,

(1) *Ex 3. c. ut d. l. si servus servum, § tertio autem capite.*

(2) *Juxta not. per Bart. in l. in provinciali, § 1 de nov. oper. nun.* et ita tenet Bart. *in d. § praetorea.*

infect. et l. si in meo, de aqua pluv. arc. et l. fin. et ibi Ang. de usuc. et pro hoc allego text. *in cap. significante in princ. de appell.*

(9) *Juxta not. in d. l. fin. de usucap,* et ita not. Dd. *in d. cap. significanti.*

Digitized by Google

in libello super furno, et est. 20. rubr. et ex illa summa, ut plurimum sumpta est practica Joan. Petri de Papia, qua nunc utuntur procuratores, licet de dicta summa mentionem non faciat.

III. *Tertia quaestio est: aliquis promisit mihi coquere panes in furno suo pro tota familia mea: an ista sit servitus vel obligatio personalis, vide Bal.* (1), *et ego dixi supra circa fin. primae divisiones servitutum, versicul. tertio* quaero si aliquis promisit, *et supra in quaest.* quomodo cognoscatur servitus realis. *Dic ut ibi dixi.*

IV. *Quarta quaestio est, quis promisit mihi, et Titio quod possim coquere in furno suo omni hebdomada decem sestaria frumenti. Titius decessit, utrum portio Titii mihi accrescat. Bald.* (2), *format eamdem qu. et dicit considera. Nam si conjuncti sumus re et verbis, venio per jus non decrescendi: quod etiam in contractibus locum habet. Contrarium dicit esse verum, quia cum Titius semel fecerit partem, recessum a jure non decrescendi, et oportet venire per jus accrescendi: ut subtiliter not. Bart.* (3), *sed jus accrescendi non habet locum in contractibus lucrativis: ut not. dixit Bald. subtili consideratione.*

V. *Quinta quaestio pulchra, feci pactum cum fornario, ut coqueret panem pro me et familia mea singulis annis, vel perpetuo: et quod sibi darem omni anno 10 liberas, tunc habebam duos filios tantum, et postea mihi nati sunt plures alii: et ista familia mea est aucta, an teneatur mihi coquere pro eodem pretio. Istam q. format Jaco. Butr.* (4). *Alber. de Ros. ponit similem de molendino* (5), *Joan. de Imo.* (6). *In qua quaest. primo dicendum videtur, quod teneatur: quia promisit coquere pro familia mea, et ista nunc est familia mea, licet sit aucta* (7); *ubi ni-*

dove parla del libello sul forno nella 20.a rubrica, e di questa osserva la somma, dalla quale per ordinario è desunta la pratica di Giampietro da Pavia, di cui ora fanno uso i procuratori, bench' egli non faccia menzione di detta somma (*b*).

III. La terza questione è questa. Certuno mi promise di cuocere nel suo forno il pane per tutta la famiglia. Se questa sia servitù od obbligazione personale, vedi in Baldo, ed io già ne discorsi prima verso il fine della prima divisione delle servitù, nel terzo versetto: *domando se alcuno promise*, e più sopra nella quistione: *in qual modo si conosca la servitù reale.* Rispondi com' ivi (*c*).

IV. La quarta questione è questa. Taluno promise a me ed a Tizio che potessimo cuocere ogni settimana nel suo forno dieci staia di frumento. Tizio morì; la porzione di Tizio s' accrebbe alla mia? Baldo forma tale quistione e la dice degna di considerazione. Imperocchè se eravamo congiunti nella cosa e nelle parole, io subentro pel diritto di non decrescere; locchè procede eziandio ne' contratti. Però sembra vero il contrario, perchè, avendo Tizio fatta partizione una volta, fu receduto dal diritto di non decrescere, ed è necessario subentrare per diritto di accrescimento, come Bartolo nota sottilmente; ma il diritto di accrescere non ha luogo ne' contratti lucrativi, siccome dice Baldo con sottile ragionamento (*d*).

V. Bella è la quinta questione. Io strinsi patto con un fornaio, che cuocesse il pane per me e per la mia famiglia in ogni anno o perpetuamente, e che io gli darei annualmente dieci lire. Allora io aveva due figli soltanto; ma poscia me ne son nati parecchi altri. Sarà egli obbligato a cuocere per lo stesso prezzo? Siffatta questione è formata da Jacopo Butrigari, ed Alberico da Rosate ne mette una simile circa il mulino, e così pure Giovanni da Imola. Nella quale quistione sembra doversi dire in primo luogo, che sia obbligato, perchè promise di cuocere per la mia famiglia, e questa è

Digitized by Google

fam. instrum. *quae vult not. quod omne universale recipiat augumentum et diminutionem* (1). *Sed familia est universale, quia est collectivum sine aliquo signo particulari vel generali: ut nota. gloss.* (2), *et Bart. et Dd.* (3). *Tertio ad idem videtur in text.* in l. 2, in princip. ff. quorum leg. et in l. fin. § 4 in princ. de lib. lega.

VI. *Quarto videtur probari* in l. si servitus, in princip. de servitut. urb. praed. *ubi dicitur, quod servitus imposita luminibus, simpliciter intelligitur tam de praesentibus, quam de futuris.*

VII. *Quinto, quia saepe inspicitur, quod evenire potest* (4). *Sexto probari potest ratione: nam si unus filius moreretur remaneret eadem familia* (5), *et vellet furnarius servare sibi promissionem.*

VIII. *Ita et e contra, si est aucta, debet mihi servare. Ut contrariorum eadem sit disciplina* (6), *et quia ad quem spectat augumentum, diminutio spectare debet* (7): *nam regula est, qui potest sentire incommodum etc.* (8), *et qui in uno gravari potest, in alio relevari debet.* (9). *Septimo, pro hoc facit text.* in cap. quia circa, de privileg. *et quod not. Cyn. secundum Petr.* (10), *et quod not. plene Angel. et Flor.* (11). *Octavo facit pro hoc* l. hoc jure § aqua, de aqua quotid. et aestiv. *Nono pro hoc adduco, quod not. Alber. de Ros.* in *simili*, in l. Rutilia Polla. de contrahen. empt. *ut dicit:*

IX. *Quod si aliquis conduxit unum molendinum cum quatuor rotis, et convenit praestari modios 10 pro qualibet rota, et postea conductor ibi aliam rotam construxit, quod non teneatur pro illa nova rota aliquid solvere: et sic non debet crescere fructus. Et dicit quod ita fuit determinatum: prout refert Ugol. de Fon-*

strum., colla glossa, la qual vuole che ogni cosa universale riceva aumento e diminuzione. Ma la famiglia è universale, perchè è collettiva, senza alcun segno particolare o generale, come notano la glossa, Bartolo ed i Dottori. Dunque ec. In terzo luogo tale opinione sembra sorretta dal testo della legge 2.ª *in princ. ff. quor. leg.* e della legge finale § 4 *in princ. ff. de lib. leg.*

VI. In quarto luogo sembra esser provata nella legge *servitus in princ. ff. de servitut. urb. praed.*, dove si dice che la servitù imposta alle finestre s'intende semplicemente imposta sì pel presente che pel futuro.

VII. In quinto luogo, perchè spesso si considera ciò che può accadere. In sesto luogo, si può provare colla ragione, che se morisse un figlio, rimarrebbe la stessa famiglia, ed il fornaio vorrebbe osservata la promessa a lui fatta.

VIII. Così per il contrario, se essa è accresciuta, deve osservare ciò che a me promise, affinchè sia eguale la legge dei contrarii, e perchè a chi spetta l'aumento deve pure spettare la diminuzione; imperocchè è regola di diritto che gl'incomodi d'una cosa seguono quegli che ne gode i vantaggi, e che colui che può essere aggravato in una parte, dev'essere alleviato nell'altra. In settimo luogo, giova a tal uopo il testo del cap. *quia circa. de privileg.*, e ciò che nota Cino secondo Pietro, e ciò tutto che notano Angelo e Floriano. Ottavo, giova pure il testo della legge *hoc jure* § *aqua ff. de aqua quotidiana et aestiva.* Nono, allego in favore ciò che nota Alberico da Rosate in un caso consimile sulla legge *Rutilia Polla ff. de contrah. empt.*; il quale dice:

IX. Che se alcuno condusse un mulino con quattro ruote e convenne di dare per ogni ruota dieci moggia di grano, e poscia ne costruì un'altra nello stesso mulino, egli non sia obbligato a pagare alcunchè per quella nuova ruota, e per conseguenza non debba aumentare le moggia del grano. E dice che così fu deciso, siccome riferisce Ugolino da Fontana ed allega a sostegno la

Digitized by Google

ta. allegat ad hoc l. non modus C. de servitut. *et vide omnino eumdem Albe.* in d. l. Rutilia Polla: *ubi adducit alias similes quaest.*

X. *Decimo adduco aliam decisionem Albe.* (1), *ubi dicit, quod si paterf. cum Abbate et conventu ejusdem monasterii pactus fuit, quod molendinum dicti monasterii sibi et familiae suae pro certa pensione molere deberet, nec in hoc fuit laesum et deceptum monasterium tempore pacti huiti: postea quilibet filiorum habet ita magnam familiam, sicut habebat paterfa. tempore celebrati contractus, quilibet ipsorum vult molere ad molendinum, sicut faciebat eorum pater, et determinat, quod de stricto jure possit, et allegat* d. l. si servitus. *In contrarium vult, quod imo non teneatur furnarius coquere pro eodem pretio, aucta familia:* per text. in l. non modus, cum his quae ibi not. per gloss. et Cy. et Dd. (2).

XI. *Secundo per* l. si ita, de aur. et arg. leg. *ubi dicitur, verba in dubio intelliguntur secundum tempus praesens* (3). *Item pro hoc, quia verba contractus in dubio intelliguntur rebus sic stantibus* (4).

XII. *Tertio quod per* l. Rutilia Polla. de contrahen. emption., *ubi dicitur, quod in dubio verba contractus intelliguntur secundum quod apparet tempore contractus: et postea illum text. inducit Alber. de Ros. ad plures, qu. et ad idem est text.* in l. 1. eod. titul. *et ibi Alber. de Ros. in fin. adducit illum text. ad decisionem hujus qu. in terminis, remittit tamen se ad dicta per eum* in d. auth. hoc jus porrectum. *Quarto facit text.* in l. 1, § item quaeritur, de aqua quot. et aestiv. et in l. fin. de lib. leg.

XIII. *Quinto hoc videtur probari optima ratione: quia ex persona haeredum non debet condit. oblig. mutari* (5). *Et argum. istud procederet, quando esset aucta familia post mortem patrisfam.*

(1) *In auth. hoc jus porrectum, C. de sacros. eccl.* 10. *col. vers. unam aliam qu. subiicio.*
(2) *Cod. de servit.*
(3) *Et pro hoc l. si cum meus proprius, cum ibi not. si servit. vend. et vler. literas; cum ibi not. de rescript.*
(4) *L. quod servitus, de cond. ob caus.*
(5) *L.* 3. § *ex his, de verb. oblig.* et ibi vide Alber. de Ros.

legge *non modus Cod. de servit.*; e vedi totalmente ciò che scrive lo stesso Alberico sulla citata legge *Rutilia Polla*, ove riporta altre simiglianti questioni.

X. In decimo luogo io adduco un' altra decisione di Alberico, là ove dice, che un padre di famiglia stipulò coll' Abate e convento d' uno stesso monastero, che il mulino di questi dovesse macinare per lui e per la sua famiglia verso una certa pensione, nè in ciò fu leso o gabbato il monastero al tempo dello stretto patto; poscia ciascuno de' figli ha una famiglia così grande come l' aveva il padre loro allorquando fu celebrato il contratto, ed ognuno pur vuole macinare al mulino, come il loro padre faceva; e decide che per istretto diritto lo possono fare, ed allega in favore la legge *si servitus ff. de servit. urb. praed.* Al contrario sembra che anzi il fornaio non sia tenuto a cuocere per lo stesso prezzo, essendo cresciuta la famiglia, in virtù della citata legge *non modus* con quelle cose che in essa notano Cino ed i Dottori.

XI. In secondo luogo sembra pure non sia tenuto per la legge *si ita ff. de aur. et argent. leg.*, ov' è detto, che nel dubbio le parole s' intendono secondo il tempo presente. Del pari perchè le parole d' un contratto nel dubbio s'intendono secondo lo stato presente delle cose.

XII. Terzo, sembra che non lo sia per la legge *Rutilia Polla. ff. de contrah. empt.*, ov' è detto che nel dubbio le parole d' un contratto s' intendono giusta ciò che apparisce al tempo in cui fu stretto; e poscia Alberico da Rosate fa servire quel testo a parecchie questioni. Vale allo stess' uopo il testo della legge 1. *ff. eod. titulo*, il quale è allegato dallo stesso Alberico per decidere sì fatta questione in termini; nondimeno ei si riporta a ciò che disse nella detta autentica *hoc jus porrectum Cod. de sacros. eccles.* In quarto luogo giova allo scopo il testo della legge 1, § *item quaeritur ff. de aqua quot. et aestiva* e della legge *fin. ff. de lib. leg.*

XIII. In quinto luogo, ciò sembra esser provato da un' ottima ragione, perchè la condizione dell'obbligo non dev'esser mutata dalla persona dell'erede. E quest'argomento avrebbe luogo, qualora la famiglia fosse cresciuta dopo la morte del padre.

Digitized by Google

XIV. *Sexto, quia ubi crescit expensa et labor, debet crescere pretium: quia tam labor, quam pecunia divisionem recipiunt:* ut est text. in l. amico, in princ. de an. leg. *et ibi ponunt Dd. per illum text.*

XV. *Quod si famulus convenit stare cum tribus scholaribus pro certo pretio in mense: et unus scholaris moritur, vel recedit debet diminui salarium, si alter supervenit, debet augeri, sicut augetur et diminuitur labor. Ita hic dicitur, quod si augeatur vel diminuatur familia, debet augeri et diminui pretium. Septimo, pro hoc adduco tex.* in cap. quanto extra. de cens. *et ibi ponitur ista q. per Jo. And.*

XVI. *Octavo, quia regulariter conventio non extenditur ad incogitata* (1), *sed furnarius non cogitavit, quod deberet familia crescere, ergo etc.*

XVII. *Nono quia infinitas est evitanda* (2). *Nam si furnarius teneretur pro familia aucta, teneretur etiam si in infinitum augeretur, quod non videtur esse dicendum, ut ibi, et per hanc potissime rationem pro hac parte determinat. Ibi Jaco. Butr. dicens: quod non obstat, quod promiserit coquere mihi et familiae mea, quia intelligitur de familia, quam tempore conventionis habebam.*

XVIII. *Decimo et ultimo facit,* l. cui fundus, in fin. de cond. et demonst., *quem text.* inducit ibi Dy. et Alber. ad 1. qu. dom. Azo.; *quod si concessum est, quod in aliquo nemore possit lignea incidere pro se et familia* (*) *sua: et decedat relictis multis familiis, quod unusquisque filiorum non poterit incidere quantum expediat sibi et familiae suae, sed omnes simul incidere tantum debent, quantum poterat pater, et non plus: idem inducit ibi Alb. ad aliam quaestionem.*

XIX. *Si aliquis dederit praedium alicui monasterio, ut perpetuo deberet molere sibi et filiis suis granum ad molendinum suum postea liberi superexcreverunt.*

XX. *Item adduco etiam decisionem Pilei, quam facit in qu. sua* 48, *quae inci-*

(1) *L. cum Aquil. et l. qui cum tutoribus, de transact.*

XIV. Sesto, perchè quando crescono la sposa e la fatica, deve pur crescere il prezzo, avvegnachè sì la fatica che il danaro possano esser divisi, giusta il testo della legge *amico, in princ. ff. de annuis leg.*, e per esso i Dottori dicono

XV. Che se un famiglio s' acconciò con tre scolari per un certo prezzo, ed uno di essi morì o recedette dal contratto, gli deve essere assottigliato il salario, e se invece ne sopravenne un altro, gli dev' essere accresciuto, in quella ragione in cui si aumenta e diminuisce la fatica. Parimente si deve dir quivi, che se la famiglia s' accresce o si assottiglia, il prezzo pure si deve accrescere o sminuire. — Settimo, adduco a sostegno il testo del cap. *quanto Extrav. de cen.*, ov' è posta sì fatta questione da Giovanni Andrea.

XVI. Ottavo, perchè la convenzione di regola non s'estende a ciò ch'è incognito; ma il fornaio non pensò che la famiglia dovesse crescere; dunque ec.

XVII. Nono, perchè si deve evitare l'infinità. Imperocchè se il fornaio fosse obbligato per la famiglia accresciuta, sarebbe tenuto eziandio s' ella crescesse all' infinito, lo che non sembra potersi dire; e per questa ragione massimamente a tale sentenza propende Giacomo Butrigari, dicendo: che non osta lo aver egli promesso di cuocere per me e per la mia famiglia, perchè s' intende essersi obbligato per la famiglia che io avea al tempo del contratto.

XVIII. In decimo ed ultimo luogo giova all'uopo la legge *cui fundus in fine ff. de cond. et demonstr.*, il qual testo induce Dino ed Alberico alla seguente questione di messer Azzone: che se fu concesso a taluno che possa tagliar legna in qualche bosco per sè e per la sua famiglia, e muoia lasciando molte famiglie, nessuno de' suoi figli potrà tagliar tante legna quante bastino per lui e la sua famiglia (*), ma tutti insieme dovranno tagliar solamente quel tanto che poteva il loro genitore, e non più. Del pari tale questione mena Alberico ed un' altra, cioè

XIX. Se alcuno avrà dato un fondo a qualche monastero, affinchè debba perpetuamente macinare il grano nel suo mulino per sè e per i suoi figli, e poscia il numero dei figli siasi aumentato.

XX. Parimente riferisco eziandio una decisione che dà Pillio nella sua 48.ª que-

(2) *L. fin. C. de sacrosanct. eccles.*

Digitized by Google

pit, quidam paterfam. *in qua tenet, quod si monasterium promisit mihi et familiae meae molere frumentum, non tenetur haeredibus molere in majori quantitate, quam mihi teneretur, propter infinitatem evitandam: quoniam non est verisimile monasterium se voluisse obligare ad talem infinitatem, et idem tenuit Bar. Briviensis* in quaest. suis quaes. 51 *quae incipit*, quidam paterfamil.

XXI. *Et ad idem allego etiam quae not. Cyn. secundum Pet.* in l. non modus in fin. C. de servit., *ubi per illum text. dicit quod si quidam rusticus promisit cuilibet canonico dare* 10 *pro anniversario: et tempore promissionis non erant nisi* 10 *canonici, deinde sunt* 30, *nunquid teneatur omnibus. Et dicit quod non, quia non potest tunc cogitari quot ibi canonici essent, et idem Joan. de Imol.* (1). *Ego autem in ista q. ita concluderem, distinguendo et concordando ista jura: aut promissio furnarii est facta sub nomine universali, aut sub nomine particulari, aut generali, aut definito. Primo casu, quando promissio est facta sub nomine universali, ut familiae meae* (2), *et tunc teneo primam partem veriorem, videlicet quod teneatur etiam pro familia aucta, per jura supra pro prima parte allegata et potissime, quia nomina universalia recipiunt augumentum et diminutionem* (3). *Et hoc etiam tenet Cyn.* (4), *Pet. de Anch.* (5), *et hoc intellige, quando filii habitant cum patre: secus si seorsum habitent: quia illa dicitur familia quae simul habitat* (6), *licet quoad alia, sint de familia* (7). *Pet. de Anch. et Joan. de Ana.* (8). *Nec obstant argumenta* (**) *in contrarium adducta: quia potest responderi, sicut potest diminui familia, ita potest augeri, et e contra, unde propter istum dubium eventum non potest dici esse aliqua laesio, si non fuit inspecto tempore contractus* (9). *Secundo casu, quando promissio est facta sub no-*

(1) *In cler. litteras in* 18. *col. de rescript.*
(2) *Ut dixi supra in* 1. *artic. primae partis, et ut formavit in quaest. principali.*
(3) *L. peculium in princ. de leg.* 2. *cum alio alleg.* § 1. *et* 2. *art. primae partis.*
(4) *In l. non modus, C. de serv. et in l. placet, in fin. de sacros. eccl.*

stione, la quale comincia *Certo padre di famiglia*, in cui ritiene, che se il monastero promise di macinare il frumento a me ed alla mia famiglia, non è obbligato a macinare pegli eredi in quantità maggiore di quella per la quale era tenuto verso di me, e ciò per ischifare l'infinità; avvegnachè non sia verosimile che il monastero abbia voluto obbligarsi a sì fatta infinità, e lo stesso ritenne Bartolomeo da Brescia nella sua questione 51.ª, la quale comincia: *Certo padre di famiglia.*

XXI. E per lo stesso fine allego ancora ciò che, al dire di Pietro, nota Cino sulla legge *non modus in fin. Cod. de serv.*, ove in forza di quel testo dice, che se un villano promise di dar dieci ad ogni canonico per ciascun anniversario, ed i canonici al tempo della promessa non erano se non dieci, poscia salirono a trenta, egli non sia tenuto a dar dieci a tutti, perchè non poteva sapere in quel tempo quanti essi fossero; e lo stesso dice pure Giovanni da Imola. Io poi in sì fatta questione conchiuderei nel modo che segue, distinguendo ed accordando questi testi. O la promessa del fornaio fu fatta sotto nome universale, o sotto nome particolare, o sotto nome generale, o sotto indefinito. Nel primo caso, allorquando la promessa fu fatta sotto nome universale, verbigrazia, alla mia famiglia, ed allora ritengo più vera la prima opinione, cioè che sia tenuto anche per la famiglia accresciuta, in forza de'testi citati a sostegno di quella, e principalmente perchè i nomi universali ricevono aumento e diminuzione. E questo eziandio è ritenuto da Cino e da Pietro di Ancarano; locchè però intendi procedere, quando i figli abitano col padre, non già quando abitano separatamente; perchè si appella famiglia quella ch'abita insieme, secondo i testi, Pietro di Ancarano e Giovanni d'Anagni. Nè formano ostacolo gli argomenti (**) addotti in contrario; perchè si può rispondere, che come la famiglia può diminuirsi, così può aumentarsi, e viceversa. Laonde per questo dubbio eventuale non può asserirsi che vi sia alcuna lesione, se non vi fu nel tempo riguardato, del contratto. — Nel secondo caso, quando la promessa fu fatta sotto nome particolare, verbigra-

(5) *In c. quanto extra de cens.*
(6) *Per l. tria onera de excu. tut.*
(7) *L. fin. Cod. de verb. signific.*
(8) *In d. c. quanto.*
(9) *Argum. l. si pater puellae*, et quod ibi not. per Cyn. et Dd. *Cod. de inoffic. testam.*

Digitized by Google

mine particulari, puta mihi et duobus filiis meis: et tunc non habet dubium, quia non egredietur personas nominatas: quia limitata dispositio limitatum producit effectum (1). *Tertio casu, quando est facta promissio sub nomine generali, puta mihi, et omnibus liberis meis: et tunc subdistingue: aut promissio est facta ad certum tempus limitatum, aut in perpetuum, aut simpliciter. Si ad certum tempus, puta ad 10 ann. promisit coquere mihi et omnibus liberis meis. Et tunc intelligo pro omnibus liberis, qui pro tempore reperiuntur: unde sive crescant, sive decrescant, furnarius tenebitur semper pro eodem pretio, cum potuerint partes cogitare hoc evenire posse* (2): *maxime quia verba sunt generalia, quae generaliter debent intelligi* (3). *Si vero promissio est facta in perpetuum et idem eadem ratione. Nec obstat ratio infinitas evitandae: quia verba infinita repugnant.*

XXII. *Potest enim quis se obligare in perpetuum* (4). *Et praedicta intelligo vera, quando fit augumentum vel diminutio liberorum per nativitatem vel mortem eorum: secus si cresceret familia ex aliquo casu accidenti; puta ego sum creatus miles: vel supervenit mihi haereditas opulenta, propter quam ego incepi tenere tres vel quatuor famulos, vel totidem pedissequas* (5), *quia de isto non potuit furnarius verisimiliter cogitare: ergo non tenetur* (6). *Et sic non ispicitur hoc casu, quod evenire potest: quia quando praesens status non indicat contingentiam de futuro, non inspicitur quod evenire potest* (7): *et ibi hoc not. Bart. sed si promissio est facta simpliciter, non expresso aliquo tempore: puta promisit furnarius coquere mihi et liberis meis panes pro 10 liberis in anno: et tunc credo, quod licet crescat familia vel decrescat in uno anno non propterea debet crescere vel decrescere pretium, per praedicta: sed post annum non cogitur furnarius coquere pro*

zia, a me ed ai due miei figli, ed allora non v' è dubbio, perchè si riferisce a persone nominate, e perchè la disposizione limitata partorisce un effetto limitato. — Nel terzo caso, quando la promessa fu fatta sotto nome generale, per esempio, a me ed a tutti i miei figli; ed allora suddistingui: o la promessa fu fatta per un certo tempo limitato, od in perpetuo, o semplicemente. Se per un certo tempo, verbigrazia, per 10 anni promise di cuocere a me ed a tutt' i miei figli; ed allora intendo, a tutti quei figli che in questo tempo si troveranno esistenti. Perciò, sia che si aumentino, sia che diminuiscano, il fornaio sarà tenuto sempre a cuocere per lo stesso prezzo, avendo le parti potuto pensare che ciò poteva accadere; e questo massimamente, perchè le parole sono generali ed in modo generale si debbono intendere. Se poi la promessa fu fatta in perpetuo, avverrà lo stesso per la medesima ragione. Ned osta il motivo di evitare l' infinità, perchè le parole di senso infinito sono ripugnanti.

XXII. Ed invero ciascuno può obbligarsi in perpetuo. E le predette cose intendo procedere, quando l' accrescimento o la diminuzione del numero de' figli accade per nascita o per morte di essi; non già qualora la famiglia aumentasse per qualche caso accidentale, per esempio: io sono creato capitano, oppure mi sopravviene una ricca eredità, per la quale comincio a tenere tre o quattro servi od altrettante fantesche; perchè questo avvenimento non potè verisimilmente essere preveduto dal fornaio; dunque non sarà obbligato. E però in questo caso non si considera ciò che può accadere, perchè quando lo stato presente non indica mutazione nell'avvenire, non si pone mente a quello che può succedere, come Bartolo nota. Ma se la promessa fu fatta semplicemente, senza esprimere alcun tempo; per esempio, il fornaio promise di cuocere il pane a me ed a' miei figli per dieci lire all' anno; allora io credo, che sebbene la famiglia cresca o diminuisca in un anno, non perciò deve crescere il prezzo, per le cose predette. Ma dopo l' anno, non è obbligato il fornaio a cuocere per lo stesso

Digitized by Google

eodem pretio, si crevit familia: nec ego teneor idem pretium solvere si decrevit: imo etiam si non esset mutata familia: quia dicta promissio non durat, nisi singulis annis: et fine cujuslibet anni quisque nostrum potest contractum dissolvere (***) (1). *Quarto casu principali, quando promissio est facta sub nomine indefinito: puta promittit furnarius mihi et filiis meis: et tunc credo, quod censeatur tacite actum de filiis qui reperiuntur tempore contractus, quia de futuris in dubio non videtur actum secundum propriam significationem verborum:* ut probatur in l. servitus, ibi, humanius est: de serv. urba. praed. *et not. per Barthol.* (2), *et sic intelligitur reb. sic stantib. et probatur etiam hoc* in l. non modus. C. de servit. *intelligendo quod si fuerunt verba indefinita* (3). *et hoc etiam allego, quod not. Cyn.* (4), *et quia ista q. est satis difficilis, praedictam materiam et decisionem subjicio correctioni cujuslibet melius sentientis* (5).

XXIII. *Sexta q. an liceat facere furnum in muro communi, invito socio vel juxta murum vicini eo invito. De hoc dic* ut dicam in seq. titu. de fornace et fornello, in princip. *Ultimo de ista materia furni vide per Alber. de Ro.* in suo opere statutorum, in prima parte, quaest. 135, *et per Angel.* (6), *et vide quae dixi supra de puteo, in plurib. q. et maxime in ver.* sed quaero *nunquid, et vide quae dicam infra de balneo sive stufa, et camino, et cellario.*

(1) Facit quod not. *in d. l. item quaeritur,* § *qui impleto loco.*
(2) *In l. si plurib. de leg.* 2.
(3) Et pro hoc est text. *in t. si ita, et in l. modico, in princ. de aur. et arg. leg.*

(*) *Familia.* Quod familia alicujus dicatur ejus familia post mortem suam, vide Alex. 2. *vol., cons.* 20. *in* 1. *col.* § *bene faciunt.* Quid veniat appellatione familiae, vide Corn. 3. *vol., cons.* 229.

(**) *Argumen.* Argumentum a contrario sensu,

prezzo, se la famiglia è cresciuta, ned io sono tenuto a pagare il medesimo prezzo se si assottigliò; perchè l' indicata promessa non dura che d' anno in anno, e nel fine di qualsivoglia anno ciascuno di noi può sciorre il contratto (***). — Nel quarto caso principale, quando la promessa fu fatta sotto nome indefinito, verbigrazia, il fornaio promise a me ed a' miei figli; ed allora credo che si debba riguardare tacitamente pattuito de' figli che si trovano esistere al tempo del contratto, imperocchè nel dubbio non sembra essere stato stipulato di quelli che nasceranno, secondo il proprio significato delle parole, com'è provato dalla legge *servitus, humanius est ff. de serv. urb. praed.* e notato da Bartolo; e per tal guisa s' intende, *nel presente stato di cose;* e questo è provato eziandio dalla legge *non modus Cod. de servit.*, intendendo che ivi furono usate parole indefinite; ed allego altresì ciò che nota Cino, e siccome sì fatta questione è assai difficile, così sottometto la predetta materia e la sua decisione alla correzione di chiunque sappia meglio di me (*e*).

XXIII. La sesta questione è: se sia permesso di fabbricare un forno nel muro comune o presso il muro comune, contro voglia del socio? Intorno ciò rispondi come dirò nel seguente capo della *fornace* e del *fornello*, nel principio. Finalmente circa questa materia del forno vedi ciò che dice Alberico da Rosate nella sua opera *degli statuti.* e ciò che nota Angelo, e quello ancora ch'io dissi sopra il pozzo in più questioni, massimamente nel versetto *ma chieggo* ec., e vedi inoltre ciò che dirò fra poco circa il bagno o la stufa, il cammino e la dispensa (*f*).

(4) *In l. placet, in fin. C. de sacros. eccles.*
(5) *Et dicam etiam in l. pronuncia,* § *familiae, de verborum signific.*
(6) *In l. inter quos in princ. de damn. infect.*

(*) *Famiglia.* Che la famiglia di taluno si dica essere sua dopo la di lui morte, vedi Alessandro *vol.* 2, *cons.* 20, *col.* 1, § bene faciunt. Che cosa si comprenda nel nome di famiglia, vedi in Corneo *vol.* 3, *cons.* 229.

(**) *Argomento.* Quando abbia luogo l'argomento

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO L.

(*a*) Un tuo forno ha recato danno al nostro muro comune che gli sta dappresso, per esempio, abbruciandolo.

Devi tu indennizzarmi della mia parte di danno?

Pel Codice austriaco la quistione dee decidersi secondo le disposizioni del Capitolo XXX sul diritto d' indennizzazione e di soddisfacimento.

In generale se mi hai arrecato il danno con colpa devi ripararlo. In dubbio si presume nato senza tua colpa. Che cosa poi sia la colpa lo spiega il § 1294.

E pel Codice Napoleone la quistione dee decidersi secondo gli art. 1382 e seguenti del Capo dei delitti e quasi delitti.

In generale se mi hai danneggiato per colpa, imprudenza, negligenza devi indennizzarmi.

Potrò poi chiederti cauzione pel danno che temessi poter arrecare il tuo forno al comune nostro muro?

Il § 343 del Codice austriaco scioglie affermativamente la quistione quando abbiavi timore di manifesto danno e quando l' autorità politica non avesse già sufficientemente provveduto alla pubblica sicurezza.

Cioè quando essa, a parer mio, all'atto della costruzione del forno o dopo, non avesse prescritto norme tali da allontanare, per quanto sia possibile, il pericolo d' incendio o di altro danno dal pubblico.

In questo caso l' obbligo della cauzione mi par giusto e necessario.

È ben vero, per quello che ho detto nelle annotazioni *c* al Capo XLV ed *f* al Capo XLVII parlando della cantina sotterranea e del pozzo, che tu col tuo forno toccare non puoi il comune nostro muro, e che costruendo quello devi tenerti a qualche distanza da questo.

Ma fuori di ciò la legge civile non ti prescrive distanza tale da assicurare, per quanto sia possibile, quel muro anche da pericolo d' incendio.

Ora facilissimo essendo per la qualità della costruzione quel pericolo e non avendo l' autorità politica provveduto perchè venga, per quanto è possibile, allontanato, par giusto e necessario che io possa chiederti, temendo manifesto danno, cauzione.

Intorno a questa non troverei disposizioni nel Codice Napoleone.

Potrebbe dirsi che essendo tu per l' art. 674 obbligato costruendo quel forno presso il comune nostro muro a lasciare fra essi la distanza prescritta dai regolamenti ed usi locali e a costruire le opere da questi ordinate per allontanare dal muro stesso, per quanto si possa, ogni danno, ed avendolo così possibilmente da quel danno guarentito, il Cod. Napoleone non abbia voluto andare più oltre ed abbia creduto superfluo, dopo avere imposto l' obbligo della distanza che devi osservare e quello delle opere che devi eseguire, di darti anche l' altro obbligo di una cauzione.

Qui poi noto, che il Codice Napoleone nel suddetto art. 674, diversamente da ciò che ha disposto agli art. 663 e 671, non ha stabilito esso stesso la distanza che vuole che sia osservata, quando sul proposito non esistano (cosa difficile ma non impossibile) regolamenti ed usi locali.

Avverandosi questo caso quale distanza dovrà essere osservata?

A me sembra, quella che venisse fissata da esperti, come supplendo al silenzio del Codice Napoleone dispone l' art. 598 di quello pegli Stati del re di Sardegna.

Lo stesso dicasi delle opere delle quali parla l'art. 674 onde non venga arrecato danno al vicino.

Digitized by Google

Ciò premesso,

O in mio confronto non ti spetta in nessun modo diritto di vietarmelo, ed in questo caso mi sembra che tu non possa impedirmi di costruire il mio forno o mulino.

O ti spetta in qualche modo diritto di proibirmelo, ed in questo caso mi sembra che tu possa impedirmene la costruzione.

Potrebbe spettarti quel diritto di proibizione se io mi fossi, per esempio, personalmente teco obbligato a non costruire quel mio forno o mulino onde non arrecar danno al tuo.

Potrebbe spettarti se, per altro esempio, a vantaggio del tuo forno o mulino tu avessi acquistato o per titolo o per prescrizione la servitù prediale d'impedirmi la costruzione del mio.

E qui sorge subito la questione se in quest' ultimo caso sia possibile servitù prediale.

Io credo di sì, sebbene la cosa non sia senza dubbii ed obbiezioni.

Una obbiezione può essere la seguente.

La servitù prediale suppone la esistenza di due predii, uno dominante, l' altro serviente.

Sia pure il tuo forno o mulino il predio dominante.

Ma nel caso concreto non havvi predio serviente, perchè il mio forno o mulino non esiste al presente nè può nemmeno esistere in avvenire, giacchè tu hai acquistato diritto d' impedirmene la costruzione.

Ora non essendovi così predio serviente servitù prediale è impossibile.

Rispondo alla obbiezione con un esempio.

Tu hai una tua casa che gode da ogni lato illimitato e liberissimo prospetto.

T' interessa ch' esso non le venga tolto in nessun modo.

Io ho un terreno sul quale costruendo una mia casa posso togliere quel prospetto alla tua.

Per evitare quel pericolo tu stipuli meco a vantaggio della tua casa che io non possa in verun modo toglierglielo.

Per non toglierle quell' illimitato e liberissimo prospetto io ho necessariamente l'obbligo di non costruire sul mio terreno la mia casa.

E tu hai diritto d' impedirmene la costruzione, perchè se la costruissi toglierei alla tua quel prospetto che sono tenuto a non toglierle.

Qui esiste un predio dominante, la tua casa.

Ma supposto che la mia casa realmente e fisicamente esistente essere dovesse il predio serviente, questo predio serviente non esisterebbe attualmente e non dovrebb'esistere nemmeno in avvenire.

In fatti per obbedire al nostro patto di non togliere alla tua casa l' illimitato e liberissimo prospetto mi è impedito di costruirla.

Non essendovi dunque nè potendovi essere predio serviente; siccome i nomi non fanno le cose, così per quanto avessimo convenuto che io non debba togliere alla tua casa il suddetto prospetto non vi avrebbe fra noi veramente servitù prediale, la quale non esiste senza i due predii dominante e serviente.

Eppure essa esiste.

Ed esiste precisamente la servitù *ne prospectui officiatur.*

Esiste pel diritto romano Infatti per questo, come ho detto al n. 4 dell'annotazione *a* al Capo XXXIII, essa appunto consiste nel non potere il vicino togliere con costruzioni od in altra guisa il prospetto del quale godono l' altrui edifizio o terreno.

Esiste pel Codice austriaco, il § 476 del quale al n. 11 porta la speciale servitù urbana di non togliere all' edifizio dominante il prospetto.

Dee esistere anche pel Codice Napoleone.

Infatti se per l' art. 686 di esso è in generale permesso ai proprietarii di stabilire sopra i loro fondi o a benefizio di essi quelle servitù che sembrano loro opportune, purchè non imposte alla persona o a benefizio della persona, ma ad un fondo e ad uso di un fondo, e purchè non contrarie all' ordine pubblico, dee essere loro specialmente permesso di stabilire quando il credano opportuno e con quelle condizioni tra i loro fondi anche la servitù *ne prospectui officiatur.*

Ma se dunque in tal caso quella servitù prediale esiste, che cosa dovrassi conchiudere?

Digitized by Google

Dovrassi conchiudere, che predio serviente dee esistere ed esiste.

Allora una delle due.

Vuolsi che sia predio serviente il terreno sul quale mi sarebbe stato libero costruire quella mia casa che per effetto dell' assunto obbligo di non torre il prospetto alla tua mi è vietato di fabbricare?

Allora quel terreno sarebbe il predio serviente.

La tua casa sarebbe il predio dominante.

Esisterebbero in tale ipotesi i due predii dominante e serviente.

Nessun dubbio dunque vi potrebb' essere sulla esistenza della servitù prediale.

Vuolsi invece che quel terreno non sia il predio serviente?

Allora, giacchè, come ho detto, la servitù prediale esiste, quel predio serviente non deve mancare.

E se quel predio serviente non è il suddetto terreno non può essere altro che la mia casa aggravata dalla servitù di non togliere il prospetto alla tua.

Ma quella mia casa, realmente, fisicamente non esiste e non dee esistere, perchè non la ho costruita e per effetto della servitù da me assunta non posso costruirla.

Manca dunque un predio serviente, realmente e fisicamente esistente.

Ma ripeto predio serviente non dee mancare, perchè se mancasse non potrebb'esservi e qui vi è servitù prediale.

Ma se non dee mancare, forza è conchiudere non essere necessario ch' esista fisicamente, realmente, ma bastare che sia supposto, designato, dirò così, ideale.

Questo predio serviente supposto, designato, ideale è poi la casa che mi sarebbe libero costruire se non mi aggravasse la servitù prediale di non togliere il prospetto alla tua, quella casa che per effetto della suddetta servitù non posso costruire.

Ammessa questa ipotesi, esistono anche qui i due fondi dominante e serviente.

Predio dominante è la tua casa realmente, fisicamente esistente.

Predio serviente è la mia casa supposta, designata, ideale.

Ed esistendo così i due predii, nessun dubbio anche qui sulla esistenza della servitù prediale.

Se non si adotta poi una di queste due conchiusioni si cade in assurdi.

Negata infatti nel caso concreto la esistenza di un fondo serviente, o si afferma poscia o si nega ch' esista servitù prediale di non togliere alla tua casa il prospetto.

Se si afferma ch' esista, si ammette che possa esservi servitù prediale senza predio serviente, e questo in diritto è un assurdo.

Se si nega ch' esista, si nega l' esistenza di una servitù prediale che la legge civile espressamente ammette e che quindi mancar non dee di predio serviente, e questo in diritto è un altro assurdo.

Ora conchiudo su questa prima obbiezione.

Nell' esempio che ho addotto havvi a mio carico servitù prediale di non togliere il prospetto alla tua casa. A questa servitù non manca il predio serviente.

È vero che quel predio non può consistere e non consiste in una mia casa realmente, fisicamente esistente, perchè quella mia casa e non è costruita attualmente, e non può esserlo nemmeno in avvenire, perchè non tolga alla tua il prospetto.

Ma il suddetto predio consiste e può consistere, o nel terreno sul quale potrei costruire la mia casa, che per non togliere il prospetto alla tua mi è vietato fabbricare, o in quella mia casa se non realmente, fisicamente esistente, pure supposta, designata, ideale.

Se vi ha dunque in questo caso a mio carico servitù prediale di non togliere il prospetto alla tua casa, e quindi di non costruire la mia, non veggo perchè non possa esservi pure a mio carico servitù prediale di non costruire il mio forno o mulino e d' impedirmene la costruzione per non togliere al tuo i vantaggi dei quali gode per la mancanza del mio.

Digitized by Google

E se qui fondo serviente non manca, non è dunque vero che avendo tu acquistato a vantaggio del tuo forno o mulino per titolo o per prescrizione il diritto d' impedirmi la costruzione del mio, quel tuo diritto ed il corrispondente mio obbligo costituir non possano una vera servitù prediale.

Una seconda obbiezione può essere la seguente.

Non havvi servitù prediale senza servigio di cosa immobile a vantaggio di altra cosa immobile.

Ma nel caso concreto non è l' edifizio del mio forno o mulino che serve al tuo.

Veramente è la mia arte di fornaio o mugnaio che serve alla tua.

Cioè sono obbligato a non costruire il mio forno o mulino, e quindi a non esercitare l' arte mia, onde non arrecare esercitandola danno alla tua.

Ma l' esercizio di un' arte è un diritto.

Quindi è cosa mobile e non immobile.

Ora se la mia arte non esercitata serve alla tua esercitata, havvi servigio di cosa mobile e non immobile a vantaggio di altra cosa mobile e non immobile.

Dunque non può esservi servitù prediale.

Rispondo.

Non voglio giungere fino a sostenere, che essendo impossibile l' esercizio dell' arte nostra, senza il mezzo materiale del forno o del mulino, ed essendo quell' esercizio inevitabilmente ed inseparabilmente congiunto a quelle costruzioni, l'esercizio stesso, per quanto ho detto nell' annotazione *c* al Capo XXXI, possa essere considerato cosa immobile e non mobile.

Bensì sostengo che se anche l' esercizio dell' arte nostra è cosa mobile, nel caso concreto havvi però sempre anche servigio effettivo di cosa immobile verso cosa immobile, e quindi può esservi servitù prediale.

È vero che nel caso concreto il fine virtuale del mio obbligo di non costruire il mio forno o mulino si è per te quello di trarre vantaggio dall' arte che eserciti nel tuo e per me quello di non danneggiarti nell' esercizio di quell' arte col non esercitare arte eguale nel mio.

Ma è impossibile che tu raggiunga e che io ti faccia raggiungere quel fine virtuale senza mezzi materiali.

Questi mezzi materiali essere deggiono inevitabilmente dal tuo lato il tuo forno o mulino ch' esiste perchè tu possa in esso esercitare l' arte tua e trarne vantaggio, e dal mio lato il mio forno o mulino che non esiste e che non dee esistere, perchè io non possa in esso esercitar l' arte mia e non possa così danneggiarti nell' esercizio della tua.

Ora se il fine virtuale del mio obbligo è per te quello di assicurarti i vantaggi dell' esercizio dell' arte tua, e per me quello di non esercitare arte eguale onde non danneggiarti in quel tuo esercizio, sarà vero che la mia arte serve alla tua, che quindi una cosa mobile serve ad altra cosa mobile, e che da questo lato non havvi servitù prediale.

Ma s'è impossibile raggiungere quel fine virtuale senza mezzi materiali, e se i mezzi materiali inevitabili onde raggiungerlo sono dal tuo lato la esistenza di un tuo forno o mulino e dal mio la non esistenza di un mio eguale edifizio, dee essere, a quel che credo, anche vero che il mio mezzo materiale col non esistere serve al tuo, cioè che il mio forno o mulino col non esistere serve, sebbene per raggiungere quel fine virtuale, al tuo.

E siccome i nostri reciproci forni o mulini sono edifizii, quindi cose immobili, havvi sempre anche servizio di una cosa immobile verso altra cosa immobile; dunque servitù prediale.

In somma, perchè non lavori di meno il tuo forno o mulino io non edifico il mio.

Per non danneggiare una tua cosa immobile io non do esistenza alla mia.

Non dovrebbe dunque poter dirsi che la mia cosa immobile non serva alla tua e che

Digitized by Google

mio forno o mulino, non è necessario, come ho detto rispondendo alla prima obbiezione, onde rendere possibile la servitù prediale, che il mio forno o mulino come cosa serviente abbia reale e fisica esistenza, anzi non dee averla. Basta che la esistenza ne sia supposta, designata, ideale.

Ma qui può sorgere poi una terza obbiezione.

Si può obbiettare cioè, che se la servitù prediale d'impedirmi la costruzione del mio forno o mulino è possibile per la *legge civile*, non lo è però per la *legge politica*; che quindi non può essere per quest' ultima legge ferace di effetti.

E si può sostenerlo colle seguenti ragioni.

Nella Repubblica cisalpina la legge 5 fiorile anno VI (24 maggio 1798) e negli Stati veneti il decreto 15 aprile 1806 num. 59 abolirono tutte le privative di forno o di mulino, annesse o no ai feudi, o per qualunque titolo spettanti a Comuni od a privati.

Fu abolito cioè ogni diritto proibitivo che a taluno avesse spettato di costringere gli abitanti di un dato distretto a servirsi esclusivamente del forno o mulino di lui e d' interdire a chiunque di costruirne altri in quel distretto. (Merlin, Repertorio, voce *Diritto proibitivo* ossia *Banalité*).

E fu ridonata così a quegli abitanti la libertà naturale di servirsi di altro forno o mulino, e di costruirne per proprio conto.

Quella libertà fu loro conservata sotto i Governi italiano ed austriaco.

Ognuno potè dunque e può far cuocere il proprio pane, e macinare il proprio grano a qualunque forno o mulino volesse o voglia.

Ognuno, osservate le norme dalle leggi prescritte per la costruzione di fabbriche e per l' esercizio delle industrie, potè e può costruire per proprio conto forni o mulini ed esercitare in essi l' arte del fornaio o mugnaio.

Ben è vero che la suddetta libertà, ch'era ed è la regola, fu ed è assoggettata ad una eccezione nel caso in cui taluno, secondo la legge italiana 24 giugno 1806 n. 111 e secondo le Patenti austriache degli 8 dicembre 1820, 21 marzo 1832 e 15 agosto 1852, avesse od abbia ottenuto dallo Stato privilegio esclusivo per un forno o mulino di nuova sua scoperta, invenzione o miglioramento.

Per effetto di tale privilegio e per tutta la durata di esso spettava e spetta al privilegiato ed all' avente azione da lui il diritto esclusivo di costruire quella specie di forno o mulino e di esercitare con esso l' arte relativa.

Ma questa eccezione non distrugge anzi conferma la regola della libertà ad ognuno spettante di servirsi di altro forno o mulino fuori del privilegiato e di costruire per proprio conto forni o mulini e di esercitare in essi l' arte del fornaio o mugnaio.

Conferma la regola della libertà di ognuno di servirsi di altro forno o mulino fuori del privilegiato, perchè il privilegio dà bensì per tutta la durata di esso a chi lo possiede ed esercita il diritto esclusivo di costruire forno o mulino della specie privilegiata e di esercitare con esso la relativa arte, ma non gli dà diritto di costringere nessuno a servirsi di esso soltanto e non di altri.

Conferma la regola della libertà di ognuno di costruire per proprio conto forni o mulini e di esercitare in essi la relativa arte, perchè se a chi non possiede quel privilegio è proibito di costruire forno o mulino che sia una contraffazione del privilegiato e di esercitare in esso l' arte sua, non gli è proibito di costruirne e di attivarne di quelli che non sieno contraffazione di esso; perchè la stessa contraffazione del forno o mulino privilegiato non è proibita che pel tempo in cui durar dee il privilegio e non dopo; perchè in fine quel privilegio, portando una eccezione alla regola della libertà naturale ad ognuno spettante di costruir forni o mulini e di esercitare con essi l' arte del fornaio o mugnaio, non è accordato se non in vista di una nuova scoperta, invenzione o miglioramento, non è che temporaneo, ed era accordato nel Regno d' Italia dallo stesso Re come nel Regno Lombardo-Veneto lo era un tempo dalla Maestà dell' Imperatore ed ora lo è dal Ministro del commercio.

Ferma dunque la regola che ad ognuno sia libero far cuocere il suo pane o macinare il suo grano a qualunque forno o mulino, e costruire per proprio conto forno o mulino, par chiaro che acquistata da te in mio confronto, in un paese nel quale non havvi altro forno o mulino che il tuo, servitù prediale d' impedirmi la costruzione del mio, quella servitù prediale porta l' effetto di togliere a me la libertà di co-

Digitized by Google

struirlo che la legge politica mi accorda, e di astringere gli abitanti, poichè altro forno o mulino non esiste nel paese, a servirsi esclusivamente del tuo.

Fa esistere a tuo vantaggio un diritto proibitivo che fu abolito e che per quella legge politica non dee avere esistenza.

E se per legge politica non dee avere esistenza, la servitù prediale che gliela darebbe, s'è possibile per la *legge civile*, non lo è per la suddetta *legge politica*, ed in forza di questa non può produrre effetti che sarebbero contrarii all'ordine pubblico.

Rispondo, facendomi carico della obbiezione ed in quanto alla regola ed in quanto alla eccezione.

In quanto alla regola, distinguo il rapporto giuridico fra te e me, da quello fra noi ed i terzi, ovvero nel caso concreto fra noi e gli abitanti del paese nel quale esiste il solo tuo forno o mulino, e nel quale hai in mio confronto acquistato la servitù prediale di vietarmi la costruzione del mio.

Fra te e me.

Sta o no in mia libertà di non costruire in quel paese un mio forno o mulino, e di demolirlo se esiste, insomma di non far sorgere o di togliermi il mezzo con cui esercitare l'arte del fornaio o mugnaio?

Mi sembra di sì.

Ma se ciò sta in mia libertà, perchè non potrò a tuo vantaggio abbandonare espressamente o tacitamente il diritto che mi spetta di costruire quell'opifizio e di esercitare in esso quell'arte?

Espressamente, quando in modo espresso rinuncii a tuo vantaggio a quel diritto?

Tacitamente, quando volendo io costruire quel mio forno o mulino per esercitare quell'arte, tu me lo abbia proibito od impedito, ed io acquietatomi al divieto od all'impedimento non l'abbia costruito, e tu abbia acquistato per usucapione il diritto d'impedirmene, ed io per conseguenza abbia perduto per prescrizione il diritto di eseguirne la costruzione?

Perchè la legge politica proibir dee che esista fra te e me quel rapporto giuridico?

Perchè dee proibirmi di abbandonare a te un diritto ch'essa ha accordato a mio vantaggio, mentre ai miei vantaggi posso rinunciare?

Mi si risponde che quella legge dovea proibirlo e l'ha proibito, perchè tu non puoi avere il diritto proibitivo, ch'essa ha abolito, di astringere gli abitanti del paese con lesione della loro naturale libertà a servirsi esclusivamente del tuo forno o mulino e a non costruirne per loro conto, diritto proibitivo ad ottenere il quale necessariamente giungeresti, quando ti fosse permesso d'impedirmi la costruzione di un mio forno o mulino in un paese nel quale esiste soltanto il tuo.

Con questa risposta, si fa evidentemente subentrare al rapporto giuridico fra te e me l'altro rapporto giuridico fra noi ed i terzi, cioè fra noi e gli abitanti del paese.

Ma è poi in fatto vero, che avendo tu in mio confronto acquistato la servitù prediale d'impedirmi la costruzione del mio forno o mulino onde avvantaggiare il tuo, che solo esiste nel paese, tu astringa gli abitanti del paese a servirsi esclusivamente del tuo, e a non costruirne per loro conto?

È egli in fatto vero che tu giunga con ciò ad ottenere quel diritto proibitivo che le leggi politiche hanno abolito?

Veramente mi sembra di no.

Digitized by Google

diritto proibitivo dalle leggi politiche proscritto. Non si oppone a quelle leggi e può accanto ad esse sussistere.

Per ciò che riguarda la regola che viene opposta, non è dunque vero che la servitù prediale da te acquistata d' impedirmi la costruzione del mio forno o mulino sia impossibile per la legge politica e non possa produrre effetto, perchè contraria a legge di ordine pubblico.

Ma ciò non è vero nemmeno per riguardo alla eccezione ch' egualmente viene opposta.

La legge politica nel caso di privilegio esclusivo per forno o mulino di nuova scoperta, invenzione o miglioramento, accorda al possessore di quel privilegio diritto d'impedire a chiunque, che non abbia da lui titolo, di costruire ed esercitare forno o mulino che sia contraffazione del privilegiato.

Naturalmente gli accorda quel diritto perchè non contrario all' ordine pubblico.

Ora se quel diritto d'impedire non è contrario all' ordine pubblico nel caso di privilegio esclusivo, perchè e come sarà contrario nel caso in cui non abbiavi quel privilegio?

E se il suddetto diritto d' impedire altrui la costruzione di forno o mulino è accordato dalla legge politica contro tutti nel caso di privilegio, perchè dovrà da essa essere negato contro un solo cioè contro me fuori di quel caso, nel caso cioè in cui, secondo la legge civile, tu lo abbia contro me acquistato a titolo di servitù prediale?

Do fine alla presente annotazione con due domande.

1.° Gli abitanti di un Comune abbisognano di forno o mulino che manca nel loro paese.

Si rivolgono a me per averlo.

Io mi obbligo a costruirlo, a conservarlo a mie spese ed a supplire al loro bisogno facendolo servire al loro uso.

In correspettivo essi meco si obbligano a servirsi esclusivamente di esso pagandomi mercede fra noi stabilita.

Vale questo contratto?

Pel no si può dire, acquistare io in certo modo contro la legge politica che lo ha abolito, diritto proibitivo, portante gli effetti e di astringerli a servirsi soltanto del mio forno o mulino, e d' impedire indirettamente di costruirne ad altri, giacchè nessuno costruirà forno o mulino che atteso il patto fra gli abitanti del Comune e me non gli arrecherebbe vantaggio.

Pel sì si può dire che col nostro contratto io veramente non astringo quegli abitanti a servirsi esclusivamente del mio forno o mulino, ch' essi invece volontariamente si obbligarono a servirsene, che se la legge politica abolendo ogni diritto proibitivo ridonò loro la libertà di servirsi di qualunque forno o mulino, lo fece a loro vantaggio, e che a quella libertà, a quel vantaggio possono, massime in vista di altro o maggiore vantaggio, rinunciare.

Può dirsi d'altro lato non impedir io veramente a nessuno di costruire forni o mulini, se vuole.

Tutto considerato io starei pel sì. Opinerei che questo contratto valesse.

Ho ritenuto che tu possa in mio confronto acquistare in uno dei modi ammessi dalla legge civile diritto d' impedirmi, onde avvantaggiare il tuo forno o mulino, di costruirne un mio.

Per la stessa ragione ritengo di poter per contratto acquistare in confronto ai suddetti abitanti diritto di farli venire al mio forno o mulino e d' impedir loro così di servirsi di altro forno o mulino.

Digitized by Google

Ed avendovi rinunciato non vedrei che avessero fatto cosa ai riguardi di ordine pubblico contraria.

Dunque parmi che quel contratto dovrebbe valere.

2.° Quel contratto porta esso una servitù prediale?

Mi sembra di no.

Per esso, il mio forno o mulino cosa immobile non serve ad altra cosa immobile, sibbene alle persone di quegli abitanti.

Non porta dunque una servitù prediale, la quale suppone, come ho detto anche nell' annotazione *c* al Capo II, che una cosa immobile serva ad altra cosa immobile.

Porta invece a vantaggio di quegli abitanti pel Codice Napoleone diritto reale ovvero personale e pel Codice austriaco servitù ovvero obbligazione personale di uso, secondo che la mia obbligazione di far a loro favore servire il mio forno o mulino cada su quella mia cosa, ovvero sia imposta soltanto alla mia persona, come ho detto all' annotazione *a* al Capo III.

(*c*) La quistione, se sia servitù ovvero semplice obbligazione personale la promessa a me fatta da taluno di cuocere al suo forno il pane per la mia famiglia, formò soggetto dell' annotazione *a* al Capo VIII.

(*d*) Qui l' autore propone e tratta un' altra quistione.

Taluno promise a me ed a Tizio che potessimo cuocere dieci staia di frumento ogni settimana al suo forno.

Tizio morì.

La parte di esso va in accrescimento della mia?

Svolgo questa quistione secondo i Codici Napoleone ed austriaco.

Ma per isvolgerla premetter deggio alcune osservazioni generali cui essa dà luogo.

1.° Nel caso concreto vi fu promessa per parte del padrone del forno. Vi dee essere stata accettazione per parte nostra. Dunque trattasi di contratto.

2.° Con quel contratto fu promesso a me ed a Tizio che potessimo usare del forno altrui per cuocere il nostro grano. Dunque il contratto è di uso. Se l' uso fosse gratuito vi sarebbe comodato; se verso pagamento di prezzo per parte nostra, locazione del forno.

3.° Col suddetto contratto ci fu promesso che potessimo cuocere al forno altrui dieci staia di frumento senza fissare quale porzione ne debba cuocere io e quale Tizio. Ci fu promesso dunque che potessimo cuocere una quantità di grano indivisa fra noi. Il diritto di cuocerla ci spetta dunque indivisamente. Dunque havvi fra noi comunione.

4.° Si suppone che nel contratto non abbiavi tra il padrone del forno e noi patto che morto Tizio, il diritto di cuocere la parte di grano ch' ei cucinava debba spettare a me. Se per patto la porzione di Tizio morto lui dovesse a me spettare non vi sarebbe soggetto di quistione.

5.° Si suppone eziandio che Tizio morendo non abbia lasciato eredi ai quali il contratto avesse riservato diritto alla di lui porzione di uso. Se quel diritto fosse stato loro riservato, la porzione di Tizio dovrebbe passare ad essi e non a me. Anche qui non vi sarebbe soggetto di quistione.

6.° Il diritto di cuocere quel grano, sebbene indiviso fra me e Tizio, pure è per natura divisibile in parti. Infatti io posso cuocere al suddetto forno p. e. cinque e Tizio altre cinque staia di grano per settimana. Oppure ognuno di noi può cuocere p. e. due delle nostre cinque staia e non più in una settimana.

7.° Si suppone che il nostro diritto di cuocere le dieci staia di grano che per natura è divisibile in parti, non sia stato da un patto del contratto dichiarato indivisibile, vale a dire non suscettivo di essere eseguito in parte, e che non sia stata nemmeno stipulata fra Tizio e me la solidarietà in riguardo al suddetto diritto.

Ma non può escludersi l' altra supposizione che quel diritto sia stato invece dichiarato per patto indivisibile, ovvero che fra noi sia stata pattuita la solidarietà.

Ciò premesso in generale, osservo in particolare quanto appresso.

Secondo il Codice Napoleone.

Trattandosi di un diritto di uso, gli art. 617 e 625 di quel Codice stabiliscono la regola ch' esso si estingua colla morte dell' usuario.

Digitized by Google

Se nel caso concreto vi avesse un usuario solo, non vi sarebbe quistione. Morto esso, il diritto di usare del forno altrui per cuocervi le dieci staia di grano sarebbe estinto.

Ma vi hanno invece due usuarii, io e Tizio. Sorge quindi la quistione, se morto Tizio la sua porzione di quel diritto di uso si estingua o no.

Se si estingue, dee naturalmente estinguersi a vantaggio del padrone del forno. Allora è impossibile che vada a vantaggio della mia porzione, in accrescimento di essa.

Solo quando non si estingua, può domandarsi, se vada ad accrescere la mia porzione.

Il mio buono o non buon senso mi direbbe che morto Tizio, la sua porzione di quel diritto di uso si estingue, e che quindi non può andare ad accrescere la mia.

Infatti per la stessa ragione per la quale quel diritto di uso ove abbiavi un solo usuario si estingue del tutto colla morte di esso, parmi che debba estinguersi in parte, essendovi due usuarii, colla morte di uno di essi.

Per la stessa ragione per la quale essendovi due usuarii e morendo ambedue, quel diritto di uso si estingue del tutto, parmi che debba estinguersi in parte, quando dei due usuarii, uno venga a morire.

Dunque, a mio modo di vedere, morto Tizio, la sua porzione del diritto di uso si estingue. E se si estingue non va in accrescimento della mia.

Perchè andasse ad accrescere la mia, farebbe d' uopo che quell' accrescimento dovesse aver luogo o per patto del nostro contratto, o per legge che regolasse questo contratto in mancanza di patto.

Patto non c' è. Infatti:

Ho supposto in primo luogo al n. 4 delle osservazioni generali, che nel nostro contratto non sia stato pattuito che la porzione del diritto di uso spettante a Tizio, morto lui, debba spettare a me.

Non essendovi quella stipulazione non mi compete da questo lato per patto quell' accrescimento della mia porzione.

Ho supposto in secondo luogo al n. 7 delle suddette osservazioni generali, che nel nostro contratto non sia stata nemmeno pattuita la indivisibilità ossia la esecuzione per intiero e non in parte del nostro diritto di uso, per natura divisibile, e che riguardo a quel diritto non vi abbia neppur patto di solidarietà fra me e Tizio.

Non essendovi nè patto d' indivisibilità, nè patto di solidarietà, anche da questo lato non mi compete appunto per patto il suddetto accrescimento.

Non essendovi dunque in veruno di questi supposti, patto in forza al quale, morto Tizio, la di lui porzione del diritto di cuocere al forno altrui le dieci staia di frumento, venisse ad accrescersi alla mia, non potrei onde ottenere quell' accrescimento richiamarmi all' art. 1134 del Codice Napoleone pel quale le convenzioni legalmente formate hanno forza di legge per coloro che le hanno fatte ed esser deggiono di buona fede eseguite.

Riservandomi del resto di esaminare in appresso, se quell' accrescimento mi spetti, quando il contratto porti il patto o della indivisibilità del diritto di cuocere quelle dieci staia di grano, o della solidarietà fra me e Tizio ai quali spetta quel diritto, e ritenuto per ora che non vi abbia nessuna specie di patto pel quale la porzione di Tizio morto si accresca alla mia, osservo poi non esservi nemmeno legge regolante in mancanza di patto il nostro contratto, che produr possa quell' effetto.

Non trovo questa legge negli art. 786, 1044, 1045 del Codice Napoleone che parlano del diritto di accrescimento, perchè, come ho detto, nel presente caso trattasi di contratto e perchè quegli articoli ammettono il suddetto diritto tassativamente nella successione intestata, nella eredità testata e nel legato, e non nei contratti.

Digitized by Google

Porta invece l'effetto che ognuno di noi comproprietario del tutto abbia poi la proprietà della sola sua porzione ideale non determinata, la quale in dubbio si suppone fino a prova contraria eguale all' altra.

Avendo poi ognuno di noi la proprietà non del tutto ma della sola sua porzione, ne viene che se morto Tizio la sua porzione del diritto di cuocere le dieci staia di frumento passar potesse ai suoi eredi ed aventi causa, passerebbe a questi e non a me.

Ma siccome non può, come spiegherò qui in seguito al n. 3, passare e non passa ad essi, da ciò non ne viene ancora che per la morte di Tizio debba passare e passi a me.

La nostra comproprietà o comunione infatti non mi dà diritto al tutto.

Mi dà diritto alla sola mia porzione e non a quella di Tizio.

Non dandomi diritto alla porzione di Tizio, quella porzione che non è mia vivo lui, non diventa mia nemmeno morto lui, per titolo di comproprietà ossia di comunione.

Le leggi sulla comunione escludono dunque che per la morte di Tizio la sua porzione si accresca alla mia.

2.° D' altronde per l' art. 1119 del Codice Napoleone nessuno, in generale, può obbligarsi e stipulare in proprio nome se non per sè medesimo.

Tizio dunque ed io intervenuti ambedue al contratto stipulando senz' altro dire di poter cuocere al forno altrui le dieci staia di frumento per settimana, abbiamo stipulato ognuno per proprio conto e non per conto dell' altro. Dunque abbiamo stipulato ognuno per la sola propria porzione del diritto per sua natura fra noi divisibile di cuocere quelle dieci staia, e non per la porzione dell' altro.

Dunque ognuno di noi è divenuto padrone della sola propria porzione di quel diritto, e non della porzione dell' altro.

E se così sono divenuto padrone della sola mia porzione e non di quella di Tizio, la proprietà della quale egli in nessun modo mi ha trasmesso, è impossibile che morto lui io divenga proprietario di quella sua porzione, e ch' essa si accresca alla mia a titolo appunto di proprietà.

3.° Più ancora.

Per l' art. 1122 si presume che ciascuno abbia stipulato non solo per se, ma eziandio pe' suoi eredi ed aventi causa, quando non siasi espressamente convenuto il contrario, o quando ciò non risulti dalla natura della convenzione.

È vero che nel nostro contratto non fu espressamente convenuto che dalla porzione del diritto di uso acquistata da Tizio e ad esso spettante sieno esclusi i di lui eredi ed aventi causa.

È vero che la loro esclusione non fu nemmeno tacitamente convenuta, perchè in quel contratto, come ho supposto al n. 4 delle osservazioni generali, non fu pattuito che morto Tizio la sua porzione di quel diritto di uso debba passare a me, e quindi non debba passare ai suoi eredi od aventi causa.

Ma è eziandio vero, che non essendo stati espressamente chiamati nel suddetto contratto gli eredi ed aventi causa di Tizio a subentrare morto lui nella sua porzione di quel diritto di uso, essi non vi subentrano per la natura della convenzione, giacchè nel caso concreto trattasi appunto di un diritto di uso il quale pegli art. 617 e 625 si estingue, come ho detto nel principio delle osservazioni particolari, colla morte dell' usuario.

Per la natura dunque della convenzione, Tizio non ha stipulato pe' suoi eredi ed aventi causa.

Ha stipulato per sè solo, per proprio conto, non per me nè per mio conto.

Ei solo divenne e rimase padrone della propria porzione la proprietà della quale in nessun modo trasmise a me.

Digitized by Google

Ma per quello che ho supposto nelle osservazioni generali al n. 7 non fu fra me e Tizio stipulata la solidarietà del nostro diritto di cuocere al forno altrui le dieci staia di frumento.

Dunque la suddetta solidarietà non ha luogo fra noi *ipso jure*.

Dunque per le leggi sulla solidarietà io non ho acquistato nè vivo nè morto Tizio il diritto di cuocere tutte le dieci staia di grano, vale a dire anche la sua porzione oltre alla mia.

Dunque per quelle leggi non ha luogo accrescimento di quella sua porzione alla mia.

Mi sembra che non abbia luogo nemmeno, in mancanza di patto, per le leggi della indivisibilità dei diritti e delle obbligazioni.

E valga il vero.

Ad una obbligazione corrisponde sempre un diritto.

Dunque quando la prima è indivisibile, lo è anche il secondo.

La obbligazione è a parer mio indivisibile quando non è suscettiva di essere divisa in parti, e quando per conseguenza non potendo dal debitore essere soddisfatta in parte, dee esserlo per intiero.

Per conseguenza il diritto che corrisponde alla obbligazione è indivisibile quando compete al creditore non in parte ma per intiero.

La obbligazione ed il diritto che ad essa corrisponde sono poi indivisibili o per la natura della cosa alla quale si riferiscono, o per patto dedotto nella convenzione, o per espressa disposizione della legge.

Sono indivisibili per la natura della cosa, quando secondo l' art. 1217 del Codice Napoleone hanno per oggetto cosa che nella sua tradizione, o fatto, che nella esecuzione non è suscettibile di divisione in parti, nè materiale, nè intellettuale.

Non occorre che mi occupi di questa indivisibilità perchè, come ho detto al n. 6 delle osservazioni generali, la obbligazione del proprietario del forno di lasciar cuocere, ed il diritto mio e di Tizio di cuocere le dieci staia di frumento, non è per la natura della cosa indivisibile, ma invece è divisibile in parti.

Quella obbligazione e quel diritto sono indivisibili per patto di contratto, quando secondo l' art. 1218 la cosa od il fatto, sebbene per natura loro divisibili, pure deggiono essere eseguiti non in parte ma per intiero, cioè come indivisibili, perchè ciò è stato stipulato.

Anche di questa indivisibilità non occorre che mi occupi, perchè nel caso concreto ho supposto al n. 7 delle osservazioni generali, che il diritto di cuocere le dieci staia di frumento e la corrispondente obbligazione per loro natura divisibili, non sieno stati da un patto del nostro contratto dichiarati indivisibili.

La suddetta obbligazione finalmente ed il suddetto diritto sono indivisibili per espressa disposizione della legge, secondo l' art. 1220.

Di questa indivisibilità deggio occuparmi.

Prescrive quell' articolo che la obbligazione suscettiva di divisione dee eseguirsi fra il creditore ed il debitore come se fosse indivisibile.

Soggiunge che la indivisibilità non è applicabile che riguardo ai loro eredi i quali non ponno ripetere il debito e non sono tenuti a pagarlo che per le porzioni loro spettanti o per quelle per cui sono obbligati come rappresentanti il creditore od il debitore.

Lascio da parte gli eredi, perchè per essi la legge ammette la divisibilità.

E domando che cosa voglia dire applicata al nostro caso la disposizione di quella legge, che *la obbligazione suscettiva di divisione debba eseguirsi fra il creditore ed il debitore come se fosse indivisibile?*

[illegible] Tizio avanti il diritto suscettivo di divisione in parti

Ma ciò vorrà dire eziandio, che io e Tizio non abbiamo il diritto di cuocere e che il proprietario del forno non abbia l' obbligo di lasciar cuocere ad ognuno di noi la propria porzione delle dieci staia? Vorrà dire che ognuno di noi abbia, anche solo, il diritto di cuocere per proprio conto quella intiera quantità, vale a dire oltre alla propria anche l' altrui porzione? Vorrà dire che cuocendo uno di noi il tutto, il proprietario del forno sia liberato dall' obbligo di lasciar cuocere all' altro la sua porzione?

A dir vero nol credo.

Nol credo perchè se ognuno di noi non avesse il diritto di cuocere la propria porzione, sarebbe distrutta la nostra comunione che pur esiste per quello che ho detto al n. 3 delle osservazioni generali e per la quale nessuno di noi è proprietario per intiero del diritto di cuocere le dieci staia, mentre invece come ho detto nell'annotazione *l* al Capo XL, ognuno di noi è bensì comproprietario del tutto, ma è però proprietario della sola sua porzione.

Nol credo perchè se ognuno di noi avesse solo il diritto di cuocere per suo conto quella intiera quantità, cioè oltre alla sua anche la porzione dell' altro, e se ciò fatto, il proprietario del forno fosse liberato da ogni obbligo anche verso l' altro, la indivisibilità del nostro diritto si cangerebbe in solidarietà fra me e Tizio creditori, giacchè per l' articolo 1197 effetto appunto della solidarietà fra i creditori si è quello che ciascuno di essi abbia diritto di chiedere il pagamento dell' intiero credito, e che il pagamento fatto ad uno di essi liberi il debitore.

Nol credo perchè altro è la indivisibilità della cosa ed altro la solidarietà fra i creditori.

Fra esse distingue espressamente l' art. 1219 dicendo che la solidarietà stipulata non imprime alla obbligazione nè quindi al corrispondente diritto il carattere d'indivisibilità.

E poi è noto che la indivisibilità è una qualità della cosa, mentre la solidarietà è qualità delle persone.

Finalmente nol credo, perchè se nel caso del quale mi occupo, per effetto della indivisibilità *ipso jure* del diritto mio e di Tizio, per sua natura divisibile, di cuocere le dieci staia di frumento alla settimana, mi competesse di cuocere oltre alla mia anche la di lui porzione, questa porzione verrebbe, contro la sua volontà, forzatamente, tolta a lui e trasmessa a me, giacchè non avendo egli, come ho supposto, meco pattuito la indivisibilità di quel diritto, conservossi e non trasmise a me la proprietà della sua porzione. Non credo poi che quell' articolo debba spiegarsi in modo da far che giustifichi quella forzata trasmissione.

A mio credere dunque, per effetto della indivisibilità *ipso jure* stabilita dall' articolo 1220, non è trasmessa da Tizio a me la proprietà della sua porzione di cuocere le dieci staia di grano.

Non havvi nemmeno indivisibilità nè per natura della cosa, nè per patto del nostro contratto che operar possa quella trasmissione. E se non havvi così trasmissione, manca la base di un accrescimento, morto Tizio, della sua porzione alla mia. Dunque a mio credere quell' accrescimento non ha luogo.

Ma che cosa si dirà quando secondo l' art. 1218 il contratto porti il patto della indivisibilità del suddetto nostro diritto per natura sua divisibile?

Parmi allora che morto Tizio la sua porzione debba andare in aumento della mia.

Essendo quel nostro diritto per patto indivisibile dee essere esercitato e sofferto sempre nella totalità sua e non mai in parte.

Cioè si deggiono sempre cuocere tutte le dieci staia di grano ogni settimana e non mai una parte sola di esse.

Digitized by Google

diritto di cuocere tutte le dieci staia per settimana, diritto che da uno di noi esercitato libera il debitore, cioè il proprietario del forno, dall' obbligo corrispondente.

Ed essendovi in noi quei due creditori, è possibile al proprietario del forno debitore la scelta secondo l' art. 1198 di pagare o all' uno o all' altro di noi, quando uno non l'abbia prevenuto con giudiziale domanda, tutto il debito, cioè di lasciar che l' uno o l'altro cuoccia ogni settimana tutte le dieci staia.

Vivo Tizio, per effetto della nostra solidarietà di credito, io posso senza dubbio cuocere anche la sua porzione e ciò fatto il proprietario del forno è liberato dall' obbligo verso di lui.

Ma il dubbio nasce morto Tizio.

Non hannovi più i due creditori ad ognuno dei quali spetti cuocere tutte le dieci staia, giacchè come ho supposto non fu convenuto che il diritto passi agli eredi; nè il debitore ha più scelta di lasciar cuocere all' uno o all' altro dei creditori, quando uno non lo abbia prevenuto con giudiziale domanda, tutta quella quantità di grano, e di liberarsi così dal suo debito.

Mancando tutto ciò non vedrei più possibile esercizio della solidarietà del credito.

Non vedrei possibile che per effetto di quella solidarietà la porzione di Tizio morto, andasse in aumento della mia.

Perchè andasse in aumento, dovrebb'esistere qualche altro fondamento atto in diritto a farvela andare.

Ma questo fondamento mancherebbe, come finora ho sostenuto, in tutti gli altri casi meno in quello in cui secondo l' art. 1218 fosse stata fra noi convenuta la indivisibilità del nostro diritto per natura sua divisibile.

Dunque morto Tizio, la sua porzione non verrebbe trasmessa a me nè per diritto di accrescimento, nè per diritto di non decrescimento.

Questa quistione dell' accrescimento, morto Tizio, della sua porzione alla mia come dee essere poi sciolta secondo il Codice austriaco?

Se nel caso concreto il nostro diritto di uso è servitù personale, esso pel § 529 si estingue a favore del proprietario del forno colla morte dell' usuario. Egualmente, se non a maggiore ragione quando sia semplice obbligazione personale.

Essendovi qui due usuarii ho detto, parlando sul Codice Napoleone, che morto Tizio, la sua porzione di uso si estinguerebbe e non andrebbe ad accrescere la mia.

Lo stesso dico anche parlando sul Codice austriaco.

Perchè andasse ad accrescere la mia farebbe d' uopo anche per questo ultimo Codice, che l' accrescimento dovesse aver luogo o per patto del nostro contratto, o per legge che lo regolasse in mancanza di patto.

Patto non c' è, come ho detto pel Codice Napoleone. Dunque non ho diritto di accrescimento per patto.

Non c' è nemmeno legge che in mancanza di patto portasse, morto Tizio, l' accrescimento della sua porzione alla mia.

Quella legge non istà nei §§ 560, 561, 562 e 689 del Codice austriaco, perchè nel caso concreto trattasi di contratto e perchè quei §§ ammettono il diritto di accrescimento tassativamente nelle eredità testate e nei legati e non nei contratti.

Nei contratti non troverei nel Codice austriaco legge espressa e diretta che lo ammettesse.

Anzi dalle leggi austriache sui contratti, lo troverei escluso, quando non fosse stato come non fu nel caso concreto pattuito.

1.° Escluso dalle leggi della comunione che pel nostro contratto ebbe luogo tra noi secondo il § 888, perchè pel § 889 in regola fra me e Tizio consorti di una cosa suscettibile di divisione, com' è il nostro diritto di cuocere le dieci staia di frumento per settima-

Digitized by Google

divenga proprietario di quella sua porzione, che non mi spetta poi nemmeno per patto speciale; è impossibile ch' essa si accresca alla mia a titolo di proprietà.

3.° Escluso anche dal § 918. Per questo §, il diritto di uso da noi contrattato non passa agli eredi, perchè fondato su qualità e relazioni personali, e perchè se anche il contratto non gli escludesse, pure non essendo chiamati anch' essi a quell' uso come ho supposto al n. 5 delle osservazioni generali, gli esclude la legge che al § 529 dichiara colla morte dell' usuario estinto l' uso quando sia servitù personale, e per eguale se non per maggiore ragione quando sia semplicemente diritto personale.

Esclusi così dalla porzione di Tizio i suoi eredi, egli ha contrattato per sè solo; quindi non per me. Ei divenne e rimase padrone di quella sua porzione che in nessun modo trasmise a me. Dunque anche qui per quello che ho spiegato a questo numero pel Codice Napoleone, è impossibile che morto lui io acquisti la sua porzione e ch' essa si accresca alla mia a titolo di proprietà.

4.° L' accrescimento poi, in mancanza di patto, non mi sembra ammesso nemmeno dalle leggi del Codice austriaco sulla solidarietà fra i creditori, e sulla indivisibilità dei diritti e delle obbligazioni.

Non dalle prime perchè pel § 892 la solidarietà fra i creditori dee essere espressa nel contratto. Non essendo espressa nel nostro contratto non ha luogo *ipso jure*.

Dunque la porzione di Tizio non si accresce alla mia per legge di solidarietà.

Non dalle seconde, perchè la indivisibilità del nostro diritto divisibile di uso, non fu, come ho supposto al n. 7 delle osservazioni generali, nemmeno pattuita.

Se non vi ha dunque indivisibilità nè per natura della cosa nè per patto, io non posso riferirmi alle leggi sulla indivisibilità per pretendere che morto Tizio la sua porzione accresca alla mia.

Ma se nel nostro contratto quella indivisibilità del diritto di cuocere le dieci staia di frumento per settimana fosse stata pattuita, che cosa dovrebbe dirsi?

Allora quel nostro diritto, per sua natura divisibile, sarebbe divenuto, per lecito patto, indivisibile.

Ora il § 890 del Codice austriaco stabilisce che trattandosi di cose indivisibili (sia per natura, sia per patto, giacchè non distingue), se vi hanno più creditori ed un solo debitore, questi non è obbligato a consegnare senza cauzione la cosa ad un solo dei creditori, ma può esigere che concorra l' assenso di tutt' i concreditori, o che la cosa sia data alla custodia del giudice.

Dunque nel nostro caso, essendovi due creditori del diritto per patto indivisibile di cuocere all' altrui forno dieci staia di frumento per settimana, cioè io e Tizio, ed essendovi un solo debitore, cioè il proprietario del forno, questo non è obbligato a lasciar che io solo cuoccia tutte le dieci staia senza che gli presti cauzione per la eventuale pretensione di Tizio di cuocere la propria porzione, ma può esigere che vi concorra l' assenso di Tizio, cauzione ed assenso tanto più indispensabili in quanto che la cosa ch' è oggetto del diritto e della obbligazione non è suscettiva di custodia giudiziale.

Vivo dunque Tizio dir si potrebbe, non aver io malgrado la pattuita indivisibilità diritto alla sua porzione, se per averla non solo deggio prestare cauzione ma il proprietario del forno può esigere anche che io riporti per ottenerla l' assenso di Tizio concreditore.

Ciò va bene vivo Tizio. Ma morto esso ciò non decide ancora la quistione se quella sua porzione vada o non vada ad accrescere la mia.

Da un lato quella porzione, come ho detto anche al precedente numero, non passa ai suoi eredi.

Dall' altro lato havvi patto, che il diritto di cuocere le dieci staia di grano sia indivisibile, cioè che non debba mai essere diviso in parti. Dev' essere sempre esercitato e sofferto per intiero e non mai in parte.

Digitized by Google

(*e*) Secondo il § 40 del Codice austriaco sotto la denominazione di famiglia s' intendono gli stipiti con tutt' i loro discendenti.

Non troverei nel Codice Napoleone definita la famiglia. Ma sembrerebbemi essere anche pel diritto francese quello che la definisce il Dizionario di Merlin alla relativa voce, cioè la riunione di più persone unite fra esse coi vincoli del sangue.

Tutto ciò presupposto, nella mia famiglia sono prima di tutti compresi i miei figli.

E veramente quando uno abbia contrattato a favor mio e della mia famiglia, sembrami che se il contratto non abbia annesso al nome di famiglia una più estesa significazione, abbia contrattato anco a favore di quelle persone unite meco dai vincoli del sangue (fra le quali occupano il primo posto i miei figli) che meco convivono.

Ora nella quistione qui promossa dal nostro autore, parmi che se un fornaio ha meco contrattato di cuocere il pane per me e per la mia famiglia verso compenso di annue lire dieci, *perpetuamente*, si sia obbligato a cuocerlo per quella mercede non solo pei figli che io aveva all' epoca del contratto, ma eziandio per quelli che mi sono nati dopo e che meco convivono.

Ma questo contratto a perpetuità è esso poi valido in diritto ?

Mi sembra di sì, e per le regole generali dei contratti e per le regole particolari al contratto del quale mi occupo.

Prescrive in generale il § 1449 del Codice austriaco che i diritti e gli obblighi si estinguono col decorso del tempo a cui furono limitati.

Dunque se non furono limitati a tempo, e se furono invece stipulati a perpetuità sussistono appunto a perpetuità, considerata questa in contrapposizione alla temporaneità, come ho detto nell' annotazione *c* al Capo XXXVII parlando delle servitù, non però come eternità, perchè nel nostro globo tutto ha fine.

Ciò coincide anche col § 918 pel quale in generale i diritti e gli obblighi nascenti dai contratti passano agli eredi ; dunque sono, più che temporanei, perpetui.

In quanto al diritto francese, insegna il Pothier al § 635 del suo trattato delle obbligazioni non estinguere il tempo in regola le obbligazioni, ed obbligarsi, coloro che si obbligano, perpetuamente eglino stessi ed i loro eredi fino al perfetto adempimento delle loro obbligazioni.

Ogni giureconsulto poi sa che i trattati delle obbligazioni e dei contratti del Pothier furono spesso base in questa parte della compilazione del Codice Napoleone.

Con quella dottrina del Pothier coincide da un lato l' art. 1122 di quel Codice pel quale in generale si presume che ognuno abbia stipulato non solo per sè, ma eziandio pei suoi eredi ed aventi causa, dunque a perpetuità.

E vi coincide dall'altro lato l'art. 1234, il quale fra i varii modi coi quali si estinguono le obbligazioni non annovera il tempo, appunto perchè in regola durano perpetuamente.

Il nostro contratto stipulato a perpetuità mi sembra poi valido in diritto anche per le regole particolari di esso.

Quale specie di contratto è infatti quello del quale ora mi occupo ?

Se il fornaio si fosse meco obbligato a lasciare che per quella mercede di dieci annue lire, io da me cuocessi il mio pane al suo forno, allora, come ho detto nell' annotazione *d* al presente Capo, vi avrebbe contratto di uso e propriamente di locazione del forno.

Ma invece non cuocendo qui io da me stesso il mio pane ma cuocendolo invece verso mercede il fornaio al suo forno, sembrami esistere fra noi, tanto pel § 1151 del Codice austriaco, quanto per l'art. 1710 del Codice Napoleone, un contratto di locazione di opera.

Digitized by Google

si obblighi a rendermi il servigio di cuocere al suo forno il mio pane, servigio che mi può essere reso da ogni fornaio e che non richiede particolare e non comune abilità nell' operaio. Il suddetto § non si opporrebbe dunque alla perpetuità, in quanto naturalmente possa esistere, del contratto col quale il fornaio si obblighi verso mercede a cuocere al suo forno il pane per me e per la mia famiglia.

Nemmeno nel Capo del Codice Napoleone che tratta della locazione delle opere e dell' industria, troverei specialmente proibita la stipulazione a perpetuità di quel contratto tra me ed il fornaio.

È vero che per l' art. 1780 nessuno può obbligare i suoi servigii se non a tempo, quindi non può obbligarli perpetuamente. Ma ciò mi sembra voler dire, non potere un domestico, un operaio, obbligarsi a stare perpetuamente all' esclusivo servigio di me, suo padrone. Ma ciò sembrami ben diverso dall' obbligarsi perpetuamente un fornaio a cuocere per me il pane al suo forno aperto al servigio di tutti. Egli non è quell' operaio al mio servigio, del quale io sia esclusivo padrone.

È vero anche prescrivere l' art. 1795 che il contratto di locazione di un' opera si scioglie colla morte dell' artefice, architetto od intraprenditore.

Ma nel caso mio e del fornaio non trattasi veramente di un' opera, sì di una cosa, di un servigio ed il fornaio non è nè l' artefice, nè l' architetto, nè l' intraprenditore dei quali parla il suddetto articolo.

Per provare poi malgrado ogni possibile incertezza delle disposizioni delle leggi positive, che non dovrebb' essere invalido in diritto il contratto col quale il fornaio si obbligasse verso mercede a cuocere a perpetuità al suo forno il pane per me e per la mia famiglia, piacemi riportare la lucida distinzione fatta dal Pothier nei §§ 453 e seguenti del suo trattato delle locazioni.

» Fa d'uopo, dic'egli, distinguere due casi.

« Il primo quando l'opera oggetto del contratto è tale che il conduttore può farla col » mezzo di altre persone, come può farla ei stesso, p. e. quando contratto con un vignaiuo- » lo la coltivazione della mia vigna, con un architetto la costruzione di una mia casa, con » un falegname la facitura di un mio scrittoio. In questi ed altri simili casi (e fra questi casi » simili havvi anche quello del fornaio che contratti meco di cuocermi al suo forno il pane » per me e per la mia famiglia) la morte del conduttore non risolve il contratto ed i suoi » eredi sono obbligati a far eseguir l' opera che il conduttore avea assunto di fare nello » stesso modo com' egli erasi obbligato. In questo caso, ch' è il nostro, il contratto passa » agli eredi del conduttore, che io chiamerei piuttosto locatore dell' opera. Se passa agli » eredi; dunque è perpetuo in quanto a questo mondo può esservi perpetuità; dunque non » è invalido in diritto se stipulato a perpetuità.

« Il secondo caso, soggiunge, ha luogo quando l' opera oggetto del contratto è una » opera rispetto alla quale si considerano l'abilità e l' ingegno personale dell'artefice col » quale fu fatto il contratto, e che non dovea essere fatto se non con lui. In questo caso (che » non mi pare per certo quello del fornaio, che, come ho detto di sopra, ha con me contrat- » tato) la morte del conduttore o a dir meglio locatore dell'opera risolve il contratto. Hav- » vi allora obbligazione di fatto personale che si estingue con quella morte, perchè ciò che » n'era l' oggetto ha per la morte di chi ha locato l' opera propria cessato di sussistere. » In questo caso, che non è il nostro, il contratto non può essere stipulato a perpetuità e se lo fosse dubiterei che fosse valido in diritto.

Passando poi dalla perpetuità alla temporaneità, se il fornaio ha meco contrattato di cuocere per la suindicata annua mercede il pane bensì per me e per la mia famiglia, ma soltanto per un numero determinato di anni, p. e. per anni uno, due, dieci ecc. e non più

Digitized by Google

Non si potrebbe aggravarlo di un obbligo perpetuo, perchè non l' ha assunto.

Non di un obbligo per un numero determinato di anni, perchè nemmeno quest' obbligo ha assunto.

Allora, a parer mio, nel silenzio del contratto in quanto al tempo, dovrebbesi ritenere ch' essendosi egli stipulata la mercede ad anno, il nostro contratto duri di anno in anno, e che anch' egli al finire di ogni anno possa scioglierlo.

Pel § 1113 del Codice austriaco quando abbiavi locazione senza determinazione del tempo della sua durata, essa se il pagamento del fitto fu fissato a certo termine finisce collo spirare di quel termine, quindi se il termine del pagamento del fitto è ad anno finisce dopo l' anno.

Lo stesso stabilisce per le locazioni degli appartamenti mobiliati l' art. 1758 del Codice Napoleone.

E per l' art. 1774 l' affittanza verbale di un fondo rustico si ritiene fatta pel tempo necessario a raccogliere tutt' i frutti di esso, sicchè se tutti si raccolgono in un anno si reputa fatta per un anno.

Parmi che lo stesso dovrebbe dirsi anche se in quest' ultimo caso l' affittanza di un fondo rustico fosse scritta, ma scritta non fosse la durata di essa.

E se tutto ciò vale per la locazione, che il Codice Napoleone chiama delle cose, perchè non varrà per la locazione delle opere?

Perchè almeno per l' analogia del diritto non potrebbe dirsi, che non avendo il fornaio convenuto di cuocere al suo forno il pane per me e per la mia famiglia, nè a perpetuità, nè per un numero determinato di anni, ma essendo però stato fra noi convenuto il pagamento della mercede ad anno, il nostro contratto possa da esso esser fatto dopo l' anno finire?

Ora s' è giusta la opinione ch' egli dopo l' anno possa farlo finire, ne verrà ch' essendosi egli obbligato a cuocere il pane al suo forno per me e per la mia famiglia, cioè anco pe' miei figli meco conviventi, dovrà cuocerlo per quelli che mi erano nati al momento della stipulazione del contratto e per quelli che mi nascessero nel tempo pel quale egli lascia sussistere il contratto medesimo, e ciò senza poter pretendere da me aumento di mercede.

Ma qui faccio un' altra quistione.

Il fornaio si è obbligato per dieci lire all' anno a cuocere al suo forno il pane per me e per la mia famiglia o perpetuamente o per un numero determinato di anni, per es. per dieci.

Al momento della stipulazione del nostro contratto io aveva due figli, e fra quello che io allora da lui riceveva e quello che in correspettivo gli dava non aveavi sproporzione portante lesione.

Ma col decorso del tempo mi nacque tal numero di figli da portare effettivamente a suo danno quella lesione.

Gli spetterà contro di me in tal caso l' azione appunto per lesione?

Mi sembra di no.

Ho detto essere il nostro un contratto di locazione di opera.

Ora pel Codice Napoleone il nostro contratto non ammette rescissione a titolo di lesione.

Infatti l' art. 1674 di quel Codice non l' ammette se non a favore del venditore ed in un contratto di vendita d' immobili.

Sembrami poi che in questo caso non sia ammessa nemmeno dal Codice austriaco.

È vero che il § 934 la ammette in regola per tutt' i contratti bilaterali; dunque anche pel nostro contratto.

Ma nel caso concreto mi sembra esclusa per due motivi.

Digitized by Google

Il fornaio, contrattando di cuocere il pane per me e per la mia famiglia per dieci lire all' anno, dovea sapere, poichè pel § 2 del Codice austriaco la ignoranza della legge non iscusa nessuno, che avrebbe dovuto cuocermi pel solo prezzo delle dieci lire al suo forno il pane per quanti figli potessero durante il nostro contratto sopravvenirmi.

Dovea dunque sapere che quindi quel prezzo giungere poteva ad essere fuor di proporzione.

Avrebbe dunque acconsentito scientemente a prezzo bensì pel momento proporzionato, ma che in futuro divenir potea sproporzionato.

Non gli era impossibile di conoscere il vero prezzo, perchè mi pare che non gli fosse impossibile calcolare, se non con esattezza matematica, pure con grado sufficiente di verisimiglianza quanti figli durante il contratto avessero potuto sopravvenirmi, e regolarsi onde non acconsentire a prezzo del tutto fuor di sproporzione per l' avvenire.

Avendo così scientemente assentito a prezzo fuor di proporzione, forse potrebbe dirsi che anche per questo, secondo il § 935 del Codice austriaco, gli sia tolto di usare del rimedio legale della lesione.

Del resto riferendomi a tutto quello che ho detto di sopra, sono d' accordo col nostro autore:

1.° che se il fornaio obbligossi a cuocere il pane per annue dieci lire per me e per *la mia famiglia* si sia obbligato per la mia famiglia accresciuta, cioè anche pei figli natimi dopo il momento della stipulazione e per tutta la durata del nostro contratto, e che meco convivano;

2.° che se si è obbligato a cuocerlo per me e pei *miei due figli* soltanto, si sia obbligato soltanto per essi già esistenti all' atto della stipulazione del contratto e non pei figli natimi dopo;

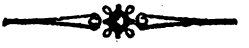
3.° che se si è obbligato a cuocerlo *per tutt' i miei figli* o in perpetuo o per un tempo determinato, come p. e. per dieci anni, ovvero soltanto per dieci lire all' anno senza esprimere, nè perpetuità, nè il suddetto tempo determinato, debba cuocerlo per lo stesso prezzo per tutt' i figli ch' esistono ed esisteranno fino a che, come ho detto di sopra, sussisterà il nostro contratto;

4.° che se promise di cuocerlo per me e *pei miei figli* senza dire di più potrebbe ritenersi che si sia obbligato a farlo pei figli esistenti all' atto del contratto e non per quelli nati dopo, giacchè non mi sembra che possa ragionevolmente ritenersi che abbia avuto riflesso ai non nati. In siffatta quistione, a molto maggior ragione dell'autore, mi rimetto a chi sappia meglio di me;

5.° ch' essendo per legge la famiglia una unione di persone congiunte coi vincoli del sangue, sotto il nome di famiglia, ove il contratto non ispieghi di più, non debbano intendersi i servi e le fantesche, cioè i domestici ossieno le persone di servizio;

6.° che formino veramente la mia famiglia i soli miei congiunti di sangue meco conviventi e non da me separati.

(*f*) Faccio come fece l' autore. La quistione se sia permesso di fabbricare un forno nel muro comune o presso il muro comune contro voglia del socio la tratterò nelle seguenti annotazioni al Capo della *fornace*.



Digitized by Google

CAPUT LI.

DE FORNACE.

I. *Fornacem an quis in muro vel fundo communi construere possit.* — II. *Fornacem an quis in muro proprio juxta vicini murum construere possit.* — III. *In fornace si ignis periculum existat, ne vicini paries flamma corruat, quid juris.* — IV. *Fumus si ascendat de fornace ad vicini domum, an propter hoc contra fornacis dominum agi poterit.* — V. *Fornacis propter ignem si villa vel domus exusta fuerit, an contra fornacis dominum agi possit, et qua actione.*

I. *Quaeritur primo an quis possit in muro vel fundo communi fornacem construere, et dicas regulariter, quod non: quia in re communi melior est conditio prohibentis* (1), *nisi fundus ille esset deputatus ad fornacem* (2), *fallit etiam in aliis casibus not.* (3); et vide quod dicam infra de cellario, et quod dixi supra de pariete sive muro, et de servitute tigni immit. in 4. quaest.

II. *Quaeritur secundo, quis vult construere fornacem in muro proprio juxta murum vicini. Et dubium facit* l. fin. ff. reg. *quae vult, ut si quis domos aedificat,*

CAPO LI.

DELLA FORNACE.

I. Se alcuno possa costruire una fornace nel muro o nel fondo comune. — II. Se alcuno possa costruire una fornace nel proprio muro presso il muro del vicino. — III. Che di diritto, se vi è pericolo di fuoco nella fornace, affinchè la fiamma non abbruci la parete del vicino? — IV. Se, qualora il fumo della fornace ascenda alla casa del vicino, si possa agire contro il padrone di quella. — V. Se, quando un villaggio od una casa è rimasta incendiata a cagione del fuoco della fornace, si possa agire contro il proprietario di questa, e con quale azione.

I. Si domanda in primo luogo se alcuno possa costruire una fornace nel muro o nel fondo comune, e risponderai che di regola non lo può, perchè nella cosa comune è migliore la condizione di chi proibisce, eccetto il caso che quel fondo fosse destinato alla fornace; e v' ha eccezione anche in altri casi, *e vedi quello che dirò fra poco circa la dispensa, e ciò che dissi più sopra intorno la parete od il muro e sulla servitù d' immetter la trave, nella 4.ª questione* (a).

II. Si domanda in secondo luogo: taluno vuol costruire una fornace nel proprio muro presso il muro del vicino. Ma sorge dubbio per la legge finale *ff. finium regund.*,

Digitized by Google

quae dicit, quod infra duos pedes vel unum (1); *et est ratio, quia fornax non est locus, nisi esset conjuncta domui ad habitandum, sicut reperitur in multis fornacibus* (2).

III. *Quaeritur tertio, quid si in fornace est periculum ignis, ne flamma paries vicini corruat.; dico quod non potest construi ita penes fundum vicini, quod ejus paries possit damnum pati ex flamma vel igne:* ut est casus in d. l. quidam Iberus; *et hoc tenet ibi Angel.* (3), *de quo vide etiam quod dicam in sequ. titu. circa princip.; et quae dicta sunt de fundo proprio vicini, idem dicendum est de communi: quia juxta ipsum non potest quis fornacem construere: sicut non potest propo fundum alienum vicini*: ut est text. in l. quidam Iberus, *ubi paries communis et alienus in hoc aequiparantur* (4).

IV. *Quaeritur quarto, quid si fumus ascendit de fornace ad domum vicini, an propter hoc poterit agere contra dominum fornacis? dicas quod non regulariter* (5), *de quo vide quae dicam infra de furno.*

V. *Quaero quinto, quid si propter ignem fornacis villa vel domus exusta est, an contra dominum fornacis agi possit, et qua actione* vide text. in l. si servus servum, § si fornacarius, *et quod ibi not. per gloss. et Dd.* ad legem Aquiliam, *et quae dixi supra de furno*, in 4. quaestione. *Et quae dicta sunt de fornace, habent locum etiam in fornello, qui fit causa cineris coquendi, vel alia de causa.*

za della detta legge finale; e così infatti vuole la glossa, la qual dice che si debbano lasciar due piedi oppur uno, per la ragione che la fornace non è un luogo di per sè, tranne il caso in cui fosse congiunta alla casa per abitarvi, come si vede in molte fornaci (*b*).

III. In terzo luogo si chiede che sia diritto, se nella fornace vi sia pericolo di fuoco, affinchè la fiamma non abbruci la parete del vicino? Rispondo che non si può costruire così dappresso il fondo del vicino, che la parete di questi possa soffrir danno dalla fiamma o dal fuoco, come si trova indicato nella legge *quidam Iberus ff. de serv. urb. praed.*, e lo stesso ritiene anche Angelo, in virtù di quel testo; circa il quale vedi eziandio ciò che dirò nel titolo seguente verso il principio; e quelle cose che furono dette sul fondo proprio del vicino, si devono pur dire circa il fondo comune, perchè nessuno può costruire una fornace presso di questo, come non può costruirla presso il fondo altrui o del vicino, come prescrive la detta legge *quidam Iberus*, nella quale il muro comune e quello d' altri son messi a paro (*c*).

IV. Si dimanda in quarto luogo, che sia di diritto se il fumo salga dalla fornace alla casa del vicino? Potrà questi per ciò agire contro il padrone della fornace? Rispondi che di regola non lo può, e circa questo vedi quello che ho detto del forno (*d*).

V. Dimando in quinto luogo che sia di diritto se in forza del fuoco della fornace sia rimasto abbruciato un villaggio oppure una casa? se si possa agire contro il proprietario della fornace e con quale azione? Vedi il testo della legge *si servus servum § si fornacarius ff. ad leg. Aquiliam* e ciò che ch' ivi notano la glossa ed i Dottori, e ciò che ho detto innanzi sul forno, nella 4.ª questione. E quelle cose che furono dette circa la fornace procedono eziandio pel fornello che si fa per cuocer la cenere, o per altra cagione (*e*).

(1) *Per d. l. fin.*
(2) *Arg. l. plerique, de in ius voc. iuncta l.*
(3) *In ultim. colum. in princ. per illum text.*
(4) *Et adde quae dixi supra de furno, in 1.*

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO LI.

(*a*) Riferendomi all' annotazione *f* del precedente Capo chiederò col nostro autore se un comproprietario abbia di sua sola autorità diritto di costruire fornace, forno, fornello,

I. sul suolo od area.

II. nel muro a lui e ad altri comproprietarii comuni.

Prima però di farlo trovo necessario di esporre alcune osservazioni generali.

Ogni costruzione sia grande o piccola è chiamata nei Codici Napoleone ed austriaco indistintamente col nome generale di opera.

P. e. L' art. 689 del Codice Napoleone chiama opere tanto gli acquidotti, che ponno essere grandi e talora grandissime, quanto le porte e finestre che sono piccole costruzioni.

I §§ 340-343 del Codice austriaco chiamano opere gli edifizii che ponno essere grandi, ed il § 855 dà lo stesso nome ai cammini e focolari che sono piccole costruzioni.

Ma se questi due Codici danno generalmente ed indistintamente il nome di opera a qualunque grande e piccola costruzione, è però sempre di fatto che ve ne hanno di grandi e di piccole.

E se ciò è, il distinguere le une dalle altre, ed il rendere sensibile tale distinzione dando alle une ed alle altre un nome speciale, non mi sembra da un lato contrario al diritto e mi sembra dall' altro consono al fatto, ed opportuno onde sciogliere più facilmente le quistioni legali che intorno a quelle costruzioni possono sorgere.

Dietro queste riflessioni ho distinto nell' annotazione *q* al Capo XL le costruzioni dalle semplici opere.

Alle grandi costruzioni ho conservato il nome appunto di costruzioni. Alle piccole ho dato quello di opere.

Nè ciò facendo mi sembra di avere abbandonato le denominazioni adottate dai suddetti due Codici.

Il Codice Napoleone infatti parla sempre di costruzioni e di opere.

Il Codice austriaco parla sempre di edifizii (parola che mi pare corrispondere a quella di costruzioni) e di opere.

Opere, nella suddetta annotazione *q*, ho chiamato le porte finte, gli armadii, i cammini, i focolari ec. che sono piccole costruzioni.

Per conseguenza, costruzioni ho voluto chiamare ed ho chiamato le grandi costruzioni.

Ora secondo la distinzione da me fatta, la fornace, il forno, il fornello sono opere o piccole costruzioni?

E secondo i nomi da me adottati sono costruzioni ovvero opere?

Fornace secondo la Enciclopedia italiana del Tasso a questa voce è « un vasto recipiente fatto di mattoni e calce che serve per operare la calcinazione delle pietre calcaree » che si vogliono ridurre in calce, o per cuocere i mattoni e simili. »

È un vasto recipiente; dunque una grande costruzione, dunque, secondo la denominazione da me adottata, una costruzione.

Forno secondo la suddetta Enciclopedia a questa voce è « il noto apparato per la cottura del pane. »

È un apparato più piccolo di quello della fornace.

Nella Enciclopedia francese alla voce *Ouvrage* (architettura) il forno è annoverato fra le piccole costruzioni.

Anche io lo ritengo una piccola costruzione; dunque, secondo la denominazione da me adottata, un' opera.

Più difficile mi è stabilire che cosa sia veramente il fornello.

Di esso parla la traduzione italiana del Codice Napoleone nell' art. 674.

Il relativo testo francese chiama *fourneau* ciò che la suddetta traduzione appella *fornello*.

La traduzione latina adopera il nome di *fornacula*.

La Enciclopedia francese da me altrove citata alla voce *fourneau* (Chimica), dice quella parola *forneau* tradursi in latino per *fornax*, *fornacula*.

Dice essere evidente esprimere queste parole, dei forni grandi, *fourneaux*.

Digitized by Google

In questo modo dunque la parola francese *fourneau*, cui la traduzione italiana del Codice Napoleone sostituì la parola *fornello*, significherebbe la fornace.

Da questo lato il così detto *fornello* esprimendo la fornace, sarebbe una grande costruzione; dunque, secondo la denominazione da me adottata, una costruzione.

Ma d'altro lato, secondo la suddetta Enciclopedia italiana del Tasso, alla voce *fornello*, si dà questo nome « in generale a qualunque costruzione che valga a mantenere una » massa di combustibile sotto l'azione di una corrente d'aria separandola dalla massa » totale dell'atmosfera adiacente. Serve questo fornello a rafforzare la combustione, a » graduarla, ad impedire nel maggior modo possibile la dispersione del calorico che se » ne ottiene, ed a dirigere la sua azione sugli oggetti che si vogliono riscaldare ecc. » Un esempio più comune di siffatta costruzione sarebbero i fornelli fabbricati nelle nostre cucine, che servono a cuocere, a mantener calde le vivande, o riscaldare i ferri da stirare ecc. È chiaro che questi fornelli più piccoli del forno sarebbero piccole costruzioni; quindi, secondo la denominazione da me adottata, opere.

Dopo queste generali osservazioni rispondo alle due domande da me accennate in principio della presente annotazione.

I. Nell'annotazione *l* al Capo XXXIX ho esposto i motivi pei quali un comproprietario del suolo od area ad altri comproprietarii comune non ha diritto di costruire su esso di sua sola autorità edifizii.

Quegli stessi motivi m'inducono a ritenere che non abbia diritto di costruire su quel suolo od area di sua sola autorità, fornace, forno, fornello.

II. In quanto alla loro costruzione di sola autorità di quel comproprietario nel muro comune ossia nel corpo di esso, osservo quanto appresso.

1.° Per quanto grosso sia un muro, mi è impossibile immaginare che in esso, nel corpo di esso possa essere eretta una sì grande costruzione qual è la fornace.

D'altronde le fornaci vengono erette lungi dalle abitazioni, ed isolate.

Non si può dunque parlare nè di costruirne una per intiero in un muro, cioè nel corpo di esso, nè d'incavare quel muro per introdurvene una parte, facendo poi ch'esso serva di appoggio al resto di quella costruzione. Tale quistione cade da sè.

2.° Veduta la grossezza che generalmente ed ordinariamente hanno i nostri muri, mi è egualmente impossibile immaginare che in uno di essi, nel corpo di uno di essi, venga per intiero costruito un forno. Posso per altro immaginare che si approfitti di quel muro incavandolo per introdurvi una parte del forno e per appoggiarvene, addossarvene l'altra.

3.° Il fornello poi (non quello che può confondersi colla fornace, e pel quale vale ciò che ho detto per questa al n. 1, ma l'altra piccola costruzione della quale ho parlato di sopra) ha bisogno di fori od aperture non solo nella parte anteriore per introdurvi il combustibile e levarne la cenere, ma eziandio nella parte superiore per appoggiarvi gli oggetti che si vogliono cuocere o riscaldare o conservar caldi. Queste aperture sono anche necessarie per mantenervi la corrente d'aria che serve a rafforzare la combustione. Non posso dunque immaginare costruito per intiero in un muro uno di questi fornelli che prestarsi debba al suo uffizio. Bensì posso immaginare che quel muro venga alquanto incavato per introdurvi una parte di quell'opera e che si approfitti di esso per appoggiarvene, addossarvene l'altra parte.

In ultima analisi adunque, esclusa ogn'indagine in riguardo alla fornace, di altro non può parlarsi se non che dell'incavo di un muro per introdurvi parte di un forno o

Digitized by Google

di un proprietario, e dall' altro lato del quale sta il fondo di altro proprietario, fondi che come ho detto nella suddetta annotazione *l* al Capo XL divide e separa, mi par chiaro che un comproprietario di esso non possa dalla parte dell' altro comproprietario, di sua sola autorità, nè incavarlo per introdurvi porzione del suddetto forno o fornello, nè appoggiare, addossare a quel muro la rimanente porzione di quelle opere.

Per fare tutto ciò dovrebbe invadere il fondo, la proprietà dell' altro comproprietario, e ciò non gli è permesso di fare di sua sola autorità.

Ma potrà fare di sua sola autorità tutto ciò dalla propria parte?

Ecco su ciò le disposizioni dei Codici Napoleone ed austriaco.

Pel § 855 del Codice austriaco quel comproprietario può dalla sua parte usare del muro comune divisorio fino alla metà nella grossezza. Dunque dalla sua parte può di sua sola autorità incavarlo fino alla metà per introdurvi porzione di quel forno o fornello, naturalmente quando con ciò non lo esponga a pericolo e danno.

Quando non esponga a pericolo quel muro e quando non impedisca al vicino l' uso della sua parte di esso, può dalla propria parte costruirvi cammino, focolare, od altre opere. Dunque dalla propria parte può di sua sola autorità appoggiarvi, addossarvi, a quelle condizioni, le opere simili del suddetto forno o fornello e ciò tanto più in quanto che la porzione appoggiata, addossata di queste opere, va naturalmente ad essere costruita sul suo fondo, sulla sua proprietà.

Per l' art. 662 del Codice Napoleone quel comproprietario può fare un incavo nel corpo del suddetto muro ed applicarvi od appoggiarvi nuove opere o coll' assenso dell' altro comproprietario o in caso di rifiuto dopo aver fatto determinare da periti i mezzi necessarii onde l' opera non riesca di danno alle ragioni di quello. Dunque, determinati nel caso del suddetto rifiuto da esperti quei mezzi, può di sua sola autorità incavare quel muro ed applicarvi ed appoggiarvi le opere del suddetto forno o fornello.

Ciò per le leggi civili. Poche parole ancora sulle leggi amministrative vigenti ora presso noi in fatto di fabbricazione di fornaci, forni e fornelli.

Rammento prima di tutto il Decreto italiano del 16 gennaio 1811 n. 20 pel quale, specialmente fabbriche di carbone di terra e di legna purgato e forni da gesso e da calce, non possono erigersi in vicinanza alle abitazioni dei particolari. Mi pare che ciò riguardi particolarmente le fornaci.

Rammento poscia il § 68 del Regolamento del processo civile che porta una legge amministrativa in quanto prescrive che nessuno possa costruir fabbriche senza aver prima chiesto e quindi ottenuto l' assenso della podestà politica del luogo.

Sotto il nome generale di fabbriche sono ivi comprese anche quelle delle fornaci, dei forni e dei fornelli.

Che ciò sia lo dimostra anche il § 3 del Regolamento per la estinzione degl' incendii nella R. città di Venezia pubblicato con notificazione governativa 16 decembre 1817.

Per quel § non può erigersi alcuna nuova stufa, cammino od altra simile fabbrica senza assenso della pubblica autorità.

Quel che vale per le stufe e pei cammini, a maggior ragione valer dee per le fornaci, ed a ragione eguale pei forni e pei fornelli.

Si vede poi dalla Circolare del Governo di Venezia del 21 aprile 1819 n. 11636 che disposizioni eguali a quelle del suddetto Regolamento deggiono essere state od essere adottate nei Regolamenti per la estinzione degl' incendii nelle città capo-luoghi e nei capo-distretti delle venete provincie.

Circa poi al permesso politico di costruire fornace, forno o fornello, voluto dal § 68 del giudiziario Regolamento, rammento anche quel che ho detto nell'annotazione *e* al Capo XXXIX del suolo ossia area.

(*b*) Nemmeno sul proprio fondo ma presso al muro altrui o comune può essere costruita fornace, forno, fornello senza permesso dell' autorità politico-amministrativa.

Costruendo poi l'una e gli altri deggiono per l' art. 674 del Codice Napoleone essere osservate le distanze e fatte le opere intermedie prescritte dai regolamenti ed usi intorno a tali oggetti esistenti. Mancando quei regolamenti ed usi, le distanze e le opere intermedie dovrebbero essere determinate, come dice l' art. 598 del Codice sardo, a giudizio di periti.

Il Codice austriaco non prescrive distanze. Ma per quello che ho detto nell' anno-

Digitized by Google

tazione *c* al Capo XLV parlando della cantina sotterranea, non si può di sola propria autorità costruendo quelle opere, toccare il muro altrui o comune. Fa d' uopo tenersi alla distanza da esso che a giudizio di periti fosse necessaria onde non esporlo a danno.

Veggasi anche ciò che ho detto nell' annotazione *f* al Capo XLVII parlando del pozzo, della cisterna ecc.

(*c*) Qui veggasi quello che ho detto nell' annotazione *a* al Capo L nel caso in cui il tuo forno facesse temere danno al comune nostro muro.

Ciò valer dovrebbe anche nel caso in cui una fornace, forno, fornello temere facesse pericolo d' incendio al muro altrui o comune, che a quella costruzione o a quelle opere fosse vicino.

Parmi che il proprietario o i comproprietarii del muro potessero secondo il § 343 del Codice austriaco chiedere al padrone della fornace, forno, o fornello, cauzione.

Qui aggiungo soltanto che se pel suddetto § può essere chiesta cauzione nel caso di minacciata rovina, per la stessa ragione dovrebbe poter essere domandata anche nel caso di temuto manifesto danno per pericolo di fuoco.

Riguardo al Codice Napoleone mi riferisco a ciò che ho detto nella suindicata annotazione.

(*d*) Se il fumo di fornace, forno, fornello costruiti secondo le prescrizioni del diritto amministrativo e civile, naturalmente salisse alla casa del vicino, parmi che questi non potesse agire contro il loro proprietario, quando non avesse contro di lui specialmente acquistato il diritto di vietargli di lasciar salire quel forno.

Quel proprietario eserciterebbe usando della fornace, forno o fornello il suo diritto nei giusti limiti. Quindi non sarebbe responsabile.

(*e*) Sulla presente quistione veggasi quello che ho detto in principio dell' annotazione *a* al Capo L che mi sembra anche a questo caso applicabile.

Digitized by Google

CAPUT LII.

DE BALNEO SIVE STUFA.

I. Balneum vel stufam facere etiam invito socio in communi licitum est, dum tamen ex hoc communis paries non laedatur, alias secus. — II. Balneum construere in pariete proprio juxta vicini parietem an licitum sit. — III. Balneum qualiter de jure construi possit. — IV. Balneum seu stufam an usufructuarius possit in fundo usufruct. construere. — V. Balneum vel stufam ad usum publicum an inquilinus vel usufruct. deputare possit. — VI. Balneator seu stufar. an de receptis teneatur sicut naulae, caupones, stabularii. — VII. Balneorum et thermarum calefactiones an munera personalia esse dicantur.

I. *In muro communi licitum est balneum vel stufam facere etiam invito socio, dum tamen ex hoc paries communis non laedatur alias secus* (1) *et tenet hoc Joan. Pet. de Papia* (2); *et ideo si ex flamma balnei exuratur paries communis, hoc facere non licet* (3), *et in eo pariete non possunt injungi tabulae vel vasa vitrea, per quae in altum flamma tollatur, et paries comburatur* (4).

II. *Sed quaero nunquid in pariete proprio juxta parietem vicini sit licitum*

CAPO LII.

DEL BAGNO OSSIA DELLA STUFA.

I. È permesso costruire un bagno o stufa nel luogo comune anche contro voglia del socio, purchè in forza di ciò non si leda il muro comune, ed altrimenti se questo si leda. — II. Se sia lecito costruire un bagno nel proprio muro presso il muro del vicino. — III. In qual modo si possa giuridicamente costruire un bagno. — IV. Se l'usufruttuario possa costruire un bagno o stufa nel fondo usufruttuario. — V. Se il fittaiuolo o l'usufruttuario possa destinare il bagno o la stufa ad uso pubblico. — VI. Se il bagnaiuolo o stufaiuolo sia tenuto per le cose ricevute, come i nocchieri, gli osti e gli stalloni. — VII. I riscaldamenti dei bagni e delle terme si dicono essere favori personali.

I. È permesso al socio di costruire un bagno o stufa nel muro comune, anche a mal grado del suo consocio, purchè da ciò non provenga lesione al muro comune; e non gli è permesso, se questo rimanga leso, com'è provato da testi e come è opinione di Giampietro da Pavia; e però se il muro comune potesse venir bruciato dalla fiamma della stufa, questa non si potrebbe costrurre, come pure a quel muro non si possono attaccare lastre o strumenti di vetro, pei quali la fiamma si sollevi, ed esso resti arso (*a*).

II. Ma dimando se forse sia lecito costruire una stufa nel proprio muro presso

Digitized by Google

Ang. (1); *ego autem non credo, quod duo pedes sint mensura proprie, per quos quid distare debeat: licet text. cum gloss. secundum unam expositionem hoc sentiat* in d. l. quidam Iberus, *sed teneo, quod tantum quis debeat distare, quod non noceat ei, a vicino fundo et ita loquitur* d. l. quidam Iberus, *quam sic intelligo, ita etiam* (2).

III. *Qualiter autem balneum de jure construi possit, vide text. cum ibi not. per gloss. et Dd.* in l. 4. C. de aedifi. privat.

IV. *Nunquid usufruct. possit balneum seu stufam construere in fundo usufruct. et dicas quod non* (3), *et ibi Flor.* (4), *et sic ibi videtur casus, quod scholares in domo conducta non possint facere stufam invito vel inscio domino, licet ibi loquatur de usufruct., quia eadem est ratio. Nam si usufruct. qui habet plus juris quam inquilinus vel conductor, non potest, multo minus poterit conductor vel inquilinus. Praedicta intelligo vera in partibus in quibus balnea sive stufae privatae non habentur communiter in usu, ut est hic Paduae: sed in locis in quibus esse consueverunt, ut in Alemania, secus* (5) *et usu quotidiano semper hoc versatur* (6) *et ibi hoc not. per Dd. et not. Bart.* (7) *qui dicit* (8) *quod consuetum, tacite inesse videtur, quia ea, quae sunt in usu quotidiano, pro expressis habentur* (9).

V. *Sed an inquilinus vel usufruct. possit stufam vel balneum ad usum publicum deputare? Dic, quod non, secundum Flor.* (10).

VI. *Sed potest dubitari an balneator seu stufarius teneatur de receptis, sicut nautae, caupones, stabularii: dic quod sic ut notat Guil. de Cun.* (11); *balneator in publ. si quid projiciatur, potest agere actione injuriarum* (12); *religiosi intrare possunt balneum tempore necessitatis* (13) *ac etiam tempore necessitatis die dominico balneum conceditur* (14). *An autem senatusconsult. quod prohibet le-*

(1) *In d. l. quidam Iberus in princip. in ultim. quaestion.*
(2) *Dixi in praecedenti tit. in 3. quaest.*
(3) *Ut est text. in l. aequissimum, § item si dominus.*
(4) *De usufruct.*
(5) *Argum. l. fin. in fin.*
(6) *C. de fidejuss.*
(7) *In l. errore C. de text.*
(8) *Per d. l. fin.*

star bruciata, e questa è opinione di Angelo. Io poi non credo che i due piedi sieno la vera misura nella quale ciascuno deve distare, benchè il testo colla glossa della detta legge *quidam Iberus* ciò rechi, ma ritengo che ciascuno debba stare distante soltanto quanto basti perchè non nuoccia al vicino dal proprio fondo; e così vuole la detta legge, la quale io intendo in questo modo.

III. In qual maniera poi la stufa si possa costruir di diritto, vedi nel testo della legge 4.ª *Cod. de aedif. priv.* ed ivi la glossa ed i Dottori (*b*).

IV. Ma forse l' usufruttuario potrà fabbricare il bagno o la stufa nel fondo usufruttuario? Rispondi che no, giusta i testi e Floriano, dove si trova il caso, che gli scolari non possono costruire una stufa nella casa condotta, senza che lo sappia e lo permetta il padrone, benchè ivi si parli di usufrutto; perchè la ragione è eguale. Avvengachè se nol può l' usufruttuario, che ha maggior diritto dell' inquilino o conduttore, molto meno il potrà il conduttore od inquilino. Le predette cose intendo aver luogo in que' paesi ove i bagni o stufe private non sono in uso comunemente, come qui in Padova; ma non già in quelle provincie in cui sempre si costumarono, come in Germania, e dove sono d' uso quotidiano. Locchè è notato da' Dottori e da Bartolo, il quale dice che ciò ch' è consueto sembra tacitamente aver vigore, perchè quelle cose che sono in uso quotidiano si considerano come espresse (*c*).

V. Ma l' inquilino o l' usufruttuario può forse destinare un bagno od una stufa al pubblico uso? Rispondi di no, secondo Floriano (*d*).

VI. Però si può dubitare se il bagnaiuolo o stufaiuolo sia tenuto per le cose ricevute, come i nocchieri, gli osti e gli stalloni. Rispondi che sì, come nota Guglielmo da Cunio; e se si gettasse qualche cosa nel pubblico, lo stufajuolo può agire coll' azione d' ingiurie; ed i religiosi possono entrare nella stufa in tempo di necessità, ed in questa occasione altresì la stufa si concede in giorno di domenica. Ma il senatoconsulto

(9) Pro hoc *l. quod si nolit. § qui assidua de aedil. edict. et quod ibi lat. scripsi.*
(10) *In d. § si dominus per illam textum.*
(11) *In l. § item, ff. naut. cau.*
(12) *Text. est in l. 2. § si quis in mari, de quid in loc. publ.*
(13) 24. *Quaest.* 1. omnes qui et ibi not. in gloss.
(14) *De conse. distinct. 3. praevenit. ut not. gloss. in d. c. omnes qui.*

Digitized by Google

gari vel vendi ea quae sunt conjuncta aedibus (1) *habeat locum in balneis etc., dic quod sic* (2); *item nunquid appellatione domus contineantur balnea*: vide l. praedius § balnea de leg. 3. *et quod ibi not. facit quod dixi in eod. titul. praeced. in 2. quaest.*

VII. *Item adde, quod calefactiones thermarum et balneorum dicuntur esse munera personalia*: ut est text. in l. 1. in princip. de mun. et hon. *quem text. intellige de balneis publ. sicut erant thermae domini Diocl. imperatoris, quarum aedificatum mirae magnitudinis adhuc Romae extat. Ultimo de balneo vide omnia quae dixi supra* (3).

(1) *Ut l. senatus, de contrahen. empt. et l. caetera,* § *hoc senatus el. 2. de leg. 1.*

(2) *Text. est in d. l. caetera,* § *hoc senatus el. 2. in princip.*

che proibisce di legare o di vendere quelle cose che sono congiunte alle case, può forse applicarsi alle stufe? Rispondi affermativamente. Del pari se le stufe sieno comprese nel nome di casa vedi il testo della legge *praedius* § *balnea ff. de leg* 3. Giova poi al proposito ciò che dissi nel titolo precedente, quest. 2.ª (*e*).

VII. Aggiungi del pari che i riscaldamenti delle terme o stufe si dicono essere favori personali, come reca il testo della legge 1.ª *in princ. ff. de mun. et hon.*, il quale intendi riferirsi ai bagni pubblici, come erano le terme di Diocleziano imperatore, il quale edificio di meravigliosa grandezza esiste ancora in Roma. Finalmente intorno la stufa vedi quello che ho detto innanzi (*f*).

(3) *De servit. proijciendi, in 2. quaest. et vide l. sicuti* § *fin. si servit. vend. et l. qui insulam,* § 1. *ff. loca, et in l. qui Bald. in princ. qui po. in pi. hab. et instit. de li. oblig.* § *multis in fin.*

ANNOTAZIONI AL CAPO LII.

(*a*) Esaminato nel suo complesso questo Capo parmi che in esso l'autore parlar voglia dell'apparecchio per fare bagno caldo per l'azione del fuoco.

A parer mio, e salvo il giudizio di uomini più di me in ciò competenti, quell'apparecchio consiste nella vasca per bagnarsi, nel fornello od altro apparato per riscaldare l'acqua, e nei tubi per condurla nella suddetta vasca.

Vasca, fornello e tubi mi sembrano opere e non costruzioni, secondo la distinzione da me fatta e la denominazione da me adottata nell'annotazione *a* al Cap. LI.

Può ora il comproprietario di un muro ad altri comproprietarii comune costruire di sua sola autorità in esso, cioè nel corpo di esso, vasca, fornello, tubi di un bagno?

In riguardo alla vasca ed al fornello, per quello che ho detto nella suddetta annotazione *a* n.i 2 e 3 II, al Capo LI, parlando del fornello stesso e del forno, non si può trattare se non dell'incavo di un muro per introdurvi parte di quelle opere, e dell'uso di esso per appoggiarvene, addossarvene il resto.

I tubi invece possono benissimo essere introdotti per intiero in quel muro incavandolo.

Ora in tutte queste operazioni, o si tratta di muro comune non divisorio, ovvero si tratta di muro comune divisorio.

Se si tratta di muro comune non divisorio, non è permesso ad un comproprietario di eseguirle in esso di sua sola autorità, per ciò che ho detto nella suaccennata annotazione *a* II, intorno al forno ed al fornello costruibili nel corpo di quel muro o a ridosso di esso.

Se si tratta poi di muro comune divisorio, la vasca ed il fornello possono esservi da quel comproprietario di sua sola autorità costruiti, alle stesse condizioni sotto le quali, per ciò che ho detto in quell'annotazione, può costruirvi forno o fornello.

Digitized by Google

(*c*) L' usufruttuario di un immobile non può costruirvi di sua sola autorità quell' apparecchio che ho chiamato bagno.

Non può farlo, per quello che ho detto nell' annotazione *k* al Capo XXXIX, intorno all' edifizio sul suolo od area altrui.

(*d*) Non vedrei perchè l' usufruttuario di un bagno altrui, che pel § 509 del Codice austriaco e per l' art. 578 del Codice Napoleone può salva la sostanza godere di esso senza limitazione e come ne godrebbe lo stesso proprietario, non potesse destinarlo ad uso del pubblico o gratuitamente o per ricavarne guadagno.

Quando la locazione non gli sia proibita e non vi abbia pregiudizio pel proprietario, il conduttore di un bagno pel § 1098 del Codice austriaco e per l' art. 1717 del Codice Napoleone può sublocarlo ad altri. Per la stessa ragione può eziandio lasciare che altri ne faccia gratuitamente uso.

(*e*) Pei §§ 970, 1316 del Codice austriaco gli albergatori sono responsabili delle cose consegnate ad essi o alle persone del loro servigio dai passeggieri che hanno accolto.

E per l' art. 1952 del Codice Napoleone, gli osti e gli albergatori sono responsabili come depositarii pegli oggetti introdotti nei loro alberghi dal viandante che vi alloggia.

Sulla loro responsabilità pei furti e pei danni di quegli effetti veggansi gli art. 1953, 1954 di questo ultimo Codice.

Parmi che tutto ciò possa dirsi anche pel bagnaiuolo e pegli effetti consegnati ed introdotti da chi va a bagnarsi in un bagno aperto ad uso del pubblico.

Non so poi perchè dovesse essermi proibito di vendere gli oggetti vendibili di mia proprietà che compongono un mio bagno.

Potrei eziandio lasciarli in legato a taluno per quello che ho detto nell' annotazione *h* al Capo XLI.

Il bagno è poi compreso nel nome della casa?

Veggasi ciò che ho detto circa il portico nell' annotazione *d* al Capo XLIV.

(*f*) Sin qui ho parlato di ciò che intendo sotto il nome di bagno, cioè dell' apparecchio per bagnarsi, del quale ho fatto menzione a principio delle annotazioni al presente Capo.

Parlerò della stufa ossia dell' apparecchio per riscaldare le stanze cui presso noi si dà questo nome nelle annotazioni al capo LXIV del cammino.

Digitized by Google

CAPUT LIII.

DE FUMO.

I. *Aedificia inferiora habens si ignem faciat, et per foramen, vel per fenestras fumum in superiora aedificia immittat, an possit.* — II. *Apes alienas si quispiam fumo facto fugaverit, vel necaverit, qua actione teneatur.*

I. *Habens aedificia inferiora ignem facit, et per foramen vel per fenestras fumum in superiora aedificia mittit, an possit, et videtur quod non* (1). *In contrarium videtur text.* (2) *Ego nunc distinguendo ita breviter concludo: Aut est servitus constituta, et nulli dubium est* (3). *Aut servitus non est imposita, et tunc aut vult immittere servitutis jure, et non potest* (4), *aut vult immittere jure suo: et tunc aut facit animo injuriandi, et non potest: imo si tunc mittit, tenetur actione injuriarum* (5), *in dubio tamen non praesumitur animus injuriandi vel nocendi, gloss. est not.*; (6) *aut non facit animo injuriandi, sed immittit jure suo: et tunc aut facit ignem solitum, et consuetum pro usu suo et familiae: et potest: ut est casus, qui ita debet intelligi* (7). *Aut facit ignem insolitum, puta nimis gravem: et tunc non potest:* ut d. § fin. ibi, *fumum*

CAPO LIII.

DEL FUMO.

I. Se il proprietario delle case inferiori possa far fuoco e mandare il fumo nelle case superiori o per un foro o per le finestre. — II. Se qualcuno avrà fatto fuggire le api col fumo da lui fatto, o le avrà uccise, con quale azione sia tenuto.

I. Certuno, che possede le case inferiori, fa fuoco e manda il fumo nelle case superiori mediante un foro o per le finestre; lo può egli forse? Sembra che no per un testo, benchè un altro pare volere il contrario. Io adesso distinguendo così conchiudo: O la servitù fu costituita, ed allora non vi è alcun dubbio. O la servitù non fu imposta, ed allora: o vuol mandare il fumo per diritto di servitù, e non lo può; o vuol mandarlo per proprio diritto, ed allora, o lo fa con animo d' ingiuriare e non lo può immettere, anzi se lo immette, è tenuto coll'azione d' ingiurie. Nel dubbio però non si presume la volontà d' ingiuriare o di nuocere, come dice la glossa. O non lo fa con animo d' ingiuriare, ma immette di proprio diritto; ed allora, o fa il fuoco solito e consueto per il suo uso e per quello della famiglia, ed in tal caso il può fare, come v' ha caso analogo ne' testi. Oppure fa un fuoco

Digitized by Google

potest intelligi § Aristo, *et ita tenet ibi Barthol., Flor. et Paul. de Castr. et dixi supra* (1) *quod bene not., quia vidi saepenumero habitantes inferius immittere fumum per foramen aut per fenestras ad aedificia superiora, aut habentes furnos et furnellos, et ex his mittere fumum in domos vicinas, quia contra eos agi non potest, nec prohibere, si faciunt ignem solitum, secus si insolitum, puta comburendo paleas vel stramen, ut quandoque fit, et adde quae dixi supra de fornace* (2).

II. *Si quis autem fumo facto apes alienas fugaverit, vel etiam necaverit, quia mortis causam praebuisse videtur magis, quam occidere, in factum actione tenebitur* (3).

(1) *De servit. projiciendi, in 2. quaest.*
(2) *In 4. quaest.*

servit. vind. intese in senso contrario; ed in tal modo può intendersi il detto §, come ritengono Bartolo, Floriano e Paolo di Castro, e come diss'io più sopra. Lo che merita d'esser notato, perchè spessissimo vidi gli abitanti inferiori mandare il fumo alle case superiori per un buco o per le finestre; od altri, ch'ànno forni o fornelli, da questi mandare il fumo nelle case vicine; imperocchè contro di essi non si può agire nè proibire, qualora facciano il fuoco solito, e si può quando lo facciano insolito, per esempio, abbruciando paglia o strame, come talora costumano; ed aggiungi ciò che dissi innanzi circa la fornace (*a*).

II. Se poi taluno col fumo da lui fatto avrà fugate le api altrui, od anche le avrà uccise, sarà tenuto coll'azione *in fatto*, perchè si considera aver piuttosto data occasione alla loro morte, che averle spente (*b*).

(3) *Ut est text. in l. si quis fumo, ad l. Aquil.*

ANNOTAZIONI AL CAPO LIII.

(*a*) Io faccio fuoco in un mio cammino od altro apparecchio che avendo dovuto essere costruito col permesso dell'autorità politico-amministrativa nol fu.

Quest'autorità può farmi distruggere quella opera eretta senza il suo permesso.

Oppure la forma di quella opera od il fuoco che vi faccio sono tali da far esistere pericolo d'incendio e da compromettere così la pubblica sicurezza e quella della casa del vicino.

In questi casi la suddetta autorità dee intervenire per far cessare quel pericolo.

Essa può estendere le sue misure anche ad impedirmi di far fuoco, e può perfino farmi distruggere l'oggetto che compromette coi pubblici riguardi, la sicurezza del vicino.

E quando il mio modo di far fuoco facesse temere manifesto danno alla casa del vicino, e la pubblica autorità non avesse sufficientemente provveduto alla pubblica sicurezza, parmi che per l'analogia del § 343 del Codice austriaco il vicino far potrebbe contro me giudiziale instanza per cauzione.

Ma il mio cammino od altro apparecchio fu costruito come dovea esserlo col permesso della pubblica podestà.

Nè per la sua forma, nè pel fuoco che vi faccio havvi pericolo d'incendio per cui quell'autorità dovesse intervenire.

In tale stato di cose posso dirigere il fumo prodotto dal mio fuoco nella casa del vicino?

Sì, se ho acquistato diritto d'inviarvelo, diritto che aver posso come pel § 475 n. 5 del Codice austriaco e per l'art. 686 del Codice Napoleone posso aver quello di far passare il mio fumo pel cammino del vicino.

No, se non ho acquistato il diritto di dirigervelo, perchè senza quel diritto, invaderei arbitrariamente la proprietà altrui, lederei l'altrui diritto, locchè non mi è lecito fare.

Invece nelle suddette condizioni, io non dirigo, ma l'aria, il vento spingono il mio fumo nella casa del vicino.

Ho io l'obbligo di fare soltanto tal fuoco che non lasci scappar fumo perchè questo per l'aria, pel vento non invada quella casa, obbligo ch'essendo il fumo il prodotto della combustione può perfino estendersi a non dovere io far fuoco?

Digitized by Google

Sì, se il vicino ha acquistato il diritto d' impedirmi di far fuoco tale che lasci scappare quel fumo.

No, se non ha acquistato quel diritto, perchè allora non ledo un diritto da lui in mio confronto acquisito, se facendo fuoco nella mia proprietà il fumo che ne scappa va per l' aria o pel vento ad invadere la proprietà di lui.

Ma se così non ledo un di lui diritto acquisito non lederò almeno il suo naturale diritto di non tollerare che il mio fumo portato dall'aria o dal vento vada ad invadere la sua casa?

A dir vero mi sembra di nò.

Fra uomini che non vivono in istato di selvaggio isolamento ma che convivono invece in civile consorzio, non bisogna spingere le idee dei diritti, della lesione dei diritti fino alla esagerazione.

E mi sembra che quelle idee sarebbero spinte fino alla esagerazione, se nel caso concreto non avendo il vicino in mio confronto il diritto acquisito d' impedirmi di fare nella mia proprietà fuoco tale, il fumo del quale per l' aria o pel vento vada ad invadere la sua casa, potesse far valere un suo naturale diritto d' impedirmelo e considerar potesse lesione di quel diritto l' azione dell' aria o del vento spingenti il mio fumo ad invadere la sua proprietà.

Vero che quella invasione può arrecargli qualche incomodo o pregiudizio. Ma questo è uno dei mali inevitabili nello stato di sociale convivenza ai quali deve adattarsi e che sono compensati dai beni di quella convivenza.

Come ho detto anche nell' annotazione *a* al Capo XXXIII nello stato di società dobbiamo cedere una parte dei nostri naturali illimitati diritti subordinandoli ai pubblici e privati riguardi.

Questi illimitati naturali diritti dovendo quindi essere soggetti a limitazioni, credo anch' io col Nippel ne' suoi commenti al § 364 del Codice austriaco, che per giudicare se nel caso in cui il mio fumo penetri nella casa del vicino, vi abbia o no lesione del diritto di questo, debba servire di norma la distinzione seguente.

O il mio fumo invade la casa del vicino, e quella invasione è il mezzo del quale, usando del mio diritto di far fuoco, mi servo onde allontanare dalla mia proprietà quel fumo collo scaricarlo nella proprietà altrui, ed allora servendomi dell' altrui proprietà a vantaggio della mia senza avere acquistato diritto di farlo, ledo l' altrui diritto e non mi è permesso di lederlo.

O invece il mio fumo invade la casa del vicino e quella invasione non è il mezzo da me adoperato per allontanarlo dalla mia proprietà, ma è soltanto la conseguenza del fuoco che ho diritto di fare, e che il vicino non ha diritto acquisito d' impedirmi, ed allora io non mi servo della proprietà altrui per avvantaggiare la mia e non può dirsi che usando del mio diritto io leda l' altrui.

La invasione del mio fumo nella casa del vicino che non è altro che la conseguenza dell' esercizio del mio diritto di far fuoco, mi pare che debba considerarsi qual caso fortuito pel quale non sono risponsabile ed al quale il vicino dee assoggettarsi.

E infatti se l' aria od il vento spingono il mio fumo nella sua casa che cosa può esser ciò se non un caso fortuito?

E se il vicino dee assoggettarsi a quel caso fortuito, perchè come ho detto non ha acquistato diritto d' impedirmi di far fuoco tale che non lasci scappar fumo, non potrà obbligarmi a far fuoco piccolo e non grande, perchè piccolo e non grande sia l'incomodo o pregiudizio che quel fumo gli arreca.

Ritenuto sempre che se il fuoco che faccio esponesse la sua casa a pericolo d' incendio facendogli temere manifesto danno, l' autorità politica dovrebbe intervenire e pel Codice austriaco vi sarebbe il caso della cauzione come ho detto a principio della presente annotazione.

Che se poi, o io ho acquistato il diritto di condurre il mio fumo nella casa del vi-

Digitized by Google

In quanto finalmente al fare, od al voler impedire che venga fatto fuoco che produca fumo, per fare dispetto, per *emulazione*, o abbiamo diritto di farlo, d' impedirlo, o no.

Se non abbiamo quel diritto, ci è proibito di esercitarlo anche per emulazione.

Se lo abbiamo possiamo esercitarlo, senza che, come ho detto nell' annotazione *f* al Capo XXXIX, possa cercarsi se lo esercitiamo per emulazione.

(*b*) Se il fumo da me fatto ha fugato od ucciso le api altrui sarò responsabile del danno solo quando vi sia stata colpa da mia parte, non in caso diverso.

Circa alla colpa mi riferisco a ciò che ho detto a principio dell' annotazione *a* al Capo L del forno.

Digitized by Google

CAPUT LIV.

DE SCALIS.

I. *Scalas muro communi opponere licitum est uni ex sociis, si nullum damnum parieti fit.* — II. *Scalas lapideas an juxta murum communem per unum ex sociis apponi possint.* — III. *Scalas non solum si quispiam velit appropinquare, sed etiam tigna vel lapides immittere, an possit.* — IV. *Limitata dispositio limitatum producit effectum.* — V. *Scalas in muro alieno an et quomodo apponi possint.* — VI. *Scalas in solo publico juxta domum suam si quispiam aedificare voluerit, an possit.* — VII. *Scalas in muro supra solum vicini vel publicum, an quis facere possit.* — VIII. *Scalas an domus appellatione veniunt.* — IX. *Scalis admotis si quis muros civitatis ascenderit, quomodo puniatur.* — X. *Scalas apponenti muro alterius causa ingrediendi ejus domum, quae poena sit.*

I. *Scalas muro communi apponere licitum est uni ex sociis, si nullum damnum parieti fit* (1); *et hoc modo debet intelligi gloss. in l. quidam Iberus in ver. servitutis* (2), *quae facit differentiam inter tubulos, et scalas: quia per tubulos committitur damnum parieti communi ex flamma ignis, sed per scalas appositas non solet fieri communiter damnum parieti, et ista fuit intentio gloss. licet ibi Ang. eam reprobet. Sed si per scalas fieret laesio, tunc apponi non possunt muro communi invito socio* (3); *Angel. tenet hoc* (4) *et Flor.* (5). *Et dicuntur scalae non afferre damnum seu laesionem in muro communi,*

(1) *Text. est cum gloss. in l. fistul. § fin. de servit. urban.*
(2) *Ibi secus autem in scalis, eod. tit.*
(3) *Per d. l. Iberus, et d. l. fistulam in princ.*

CAPO LIV.

DELLE SCALE.

I. È lecito ad uno dei soci apporre le scale al muro comune, qualora a questo non faccia danno. — II. Se uno fra i socii possa mettere le scale di pietra presso al muro comune? — III. Se certuno voglia, non solo avvicinare le scale al muro, ma eziandio immettervi travi o pietre, lo possa fare? — IV. Una disposizione limitata produce un effetto limitato. — V. Se, ed in qual modo si possano apporre le scale al muro altrui. — VI. Se qualcuno vuole fabbricare le scale nel pubblico suolo presso la propria casa, lo possa fare? — VII. Se ciascuno possa costruire le scale nel muro sopra il suolo pubblico o del vicino. — VIII. Se le scale sieno comprese nel nome di casa. — IX. In qual modo sia punito colui che, avvicinate le scale alle mura d'una città, su queste sia asceso. — X. Qual sia la pena di quegli che appone le scale al muro d'un altro per entrare nella di lui casa.

I. È lecito ad uno dei soci apporre le scale al muro comune, qualora ad esso non faccia alcun danno; ed in questo modo dev' essere intesa la glossa sulla legge *quidam Iberus* nel versetto *servitutis*, la quale fa differenza tra i cammini e le scale, perchè per quelli si danneggia il muro comune colla fiamma del fuoco, mentre colle scale apposte ordinariamente non si suole danneggiarlo; e questo fu intendimento della glossa, benchè sia riprovato da Angelo. Ma se mediante le scale si recasse danno, allora non si potrebbero attaccare al muro comune contro volontà del comproprietario; e questa è opinione di Angelo e di Floriano. E si dice che le scale non apportano danno

(4) *In l. quidam Iberus, in fin. et l. inter quos in princip. de damn. infect. in 4. col. vers. similiter scalas lapideas juxta murum communem, etc.*
(5) *In l. Sabinus in fin. communi div.*

Digitized by Google

quando non impediunt ipsius parietis refectionem, vel quando sublato pariete communes scalae per se stare possunt, alias secus (1), *ubi hoc nota. Bart. et Dd.; vel quando aliud impedimentum seu damnum fieret ipsi muro communi, puta quia ostium fieri debebat, vel fenestra, vel aliud aedificium quod per dictas scalas impediretur vel incommodaretur* (2). *Et ex his sequitur, quod scalae ligneae possunt regulariter apponi per unum ex sociis juxta murum communem, quia faciliter removeri possunt* (3), *et sic communiter damnum communi muro inferre non possunt, si tamen damnum inferrent, apponi non possunt, ut dixi.*

II. *Sed quid de scalis lapideis, an apponi possunt juxta murum communem per unum ex sociis? Et videtur quod non, quia faciliter removeri non possunt* (4), *contrarium dic, scilicet quod poni possunt, quia sublato pariete per se stare possunt* (5), *et ibi Barthol. si modo muro communi nullum damnum fiat, et ita tenet Angel.* (6). *In hoc tamen est differentia: quia facilius possunt nocere scalae lapideae quam ligneae, sed ceteris paribus nulla est differentia: quia ubi nullum fit damnum per eos fieri possunt, aliter non, et ita vidi observari, et in summa not. pulchram regulam pro sociis habentibus inter se commune, puta in muro vel domo communi, si quaeritur utrum unus eorum poterit aliquid appropriare vel apponere in muro communi, nam debet attendi an illud quod appropriatur vel opponitur, possit per se sublato muro vel domo subsistere: quia tunc potest apponi, alias secus: item an impediat refectionem communis parietis vel domus, et non potest, si non impeditur, potest: ut probatur* (7), *item an afferat aliquod damnum vel non,*

o lesione al muro comune, quando non impediscono la riparazione dello stesso muro, oppur quando, essendo tolto il muro comune, esse possono stare di per sè; ed altrimenti, se non possono, come notano Bartolo e i Dottori. Ed altrimenti pure allorquando alcun altro impedimento o danno si recasse allo stesso muro comune, verbigrazia, perchè si doveva fare una porta, od una finestra, od un altro edificio, il quale a cagione di dette scale o non si potesse fabbricare o restasse danneggiato. Da tutto questo consegue, che le scale di legno possono di regola essere apposte da uno de' socii al muro comune, perchè facilmente si ponno rimuovere, e però ordinariamente non possono apportar danno al muro comune; ma se glielo arrecassero, non si potrebbero apporre, siccome ho detto.

II. Ma che si dirà delle scale di pietra? si potranno esse metter dappresso al muro comune da uno de' socii? Sembra che no, perchè facilmente non si possono rimuovere; e di' l'opposto, cioè che si possono porre, perchè tolto il muro, possono sussistere di per sè, purchè però non arrechino alcun danno al muro comune, ciò che è ritenuto da Bartolo ed Angelo. Tuttavia in ciò v' ha differenza, chè più facilmente possono nuocere le scale di pietra che non quelle di legno, ma nel restante non vi è alcuna diversità, perchè qualora non apportino alcun danno, si possono costruire, e non si possono qualora lo arrechino, e così vidi osservarsi. Ed è in conclusione a tenersi a mente una bella regola per i socii che hanno qualche cosa comune fra loro, verbigrazia, nel muro o nella casa di comproprietà, qualora si chiegga se uno di essi possa appressare alcunchè o porre qualche cosa nel muro comune; imperocchè si deve osservare se ciò che si appropinqua o si pone, possa sussistere di per sè, tolto il muro o la casa, perchè in questo caso si può mettere; in caso diverso, no. Così pure si deve osser-

Digitized by Google

in quacunque alia re vel aedificio, quod est valde not. quia per hoc multae quaest. decidi possunt, quibus adde quae dicam infra proxim. quaest. et infra de solario.

III. *Quid autem dicendum, si quis vult non solum scalas appropiare, sed etiam mittere, puta earum tigna vel lapides, an possit? Et videtur, quod debeat distingui, ut de appropiatione dictum est. In contrarium videtur, videlicet quod indistincte possit: per text. cum gloss.* (1), *item quia in re communi licitum est uni socio aliquid facere, quando alterius socii nihil interest* (2). *Ego autem teneo, quod regulariter non possit, quia in communi non potest invito socio aliquid facere: et melior est conditio prohibentis* (3), *nisi murus communis esset ad hoc destinatus* (4). *Nec obstat text. cum gloss.* in d. l. si communes aedes, *quia debet intelligi, quando aedes erant ad hoc destinatae, ut ibi fierent scalae, et ita etiam intelligit ibi Flor. Nec obstat quod dixi, quando non interest socii, potest alter socius in muro communi immittere: quia non potest non interesse si tigna vel lapides non immittantur, ut de se patet. In hoc tamen posset sic distingui, aut murus est communis quoad omnia, quia sic actum fuit et conventum inter socios, et non habet dubium, quod etiam pro scalis in eo possunt immitti tigna et lapides et similia; aut est actum, quod murus sit communis tantummodo ad unum usum, puta pro dividendo viridarium, et tunc etiam clarum, quod nihil potest immittere.*

IV. *Quia limitata dispositio limitatum producit effectum* (5), *et pro hoc vide omnino quae dixi supra de pariete sive*

glia altra cosa od edificio; lo che è assai notabile, perchè per esso si possono decidere molte questioni; alle quali cose arroge quello che dirò adesso nella prossima quistione, e poscia circa il solaio.

III. Che si dirà poi se alcuno voglia, non solamente addossare le scale al muro comune, ma inoltre immettere in esso, per esempio, le travi o le pietre di quelle: lo potrà egli? E sembra che in questo caso si debba distinguere, come si fece in quello dell'appressamento. Ed all'opposto sembra ch'egli lo possa indistintamente in virtù de' testi e della glossa; e così pure perchè è lecito ad un socio fare alcunchè nella cosa comune, qualora ciò non importi all'altro socio. Io poi ritengo che di regola non lo possa, perchè nella cosa comune non può fare alcuna innovazione contro voglia dell'altro socio, e perchè è migliore la condizione di chi proibisce: tranne il caso però, che il muro comune fosse a tale scopo destinato. Ned osta a ciò il testo colla glossa della legge *si communes aedes ff. comm. div.*, perchè si deve intendere nel senso: *quando le case erano a tale scopo destinate*, onde colà si costruissero le scale, e così l'intende anche Floriano. Ned osta pure ciò che ho detto: *qualora non importi al socio, può l'altro socio immettere nel muro comune;* perchè non può non importare che le travi o le pietre non s'introducano, come è chiaro di per sè. In questo punto nondimeno si può distinguere così: od il muro è comune rispetto a tutte le cose, perchè così fu pattuito e convenuto fra' socii, e non vi ha dubbio che in esso si possono immettere travi e pietre e simili cose a cagione delle scale; o fu pattuito che il muro sia comune soltanto per un certo uso, verbigrazia, per dividere il giardino, ed allora eziandio è manifesto che nulla si può immettere.

IV. Perchè una disposizione limitata produce un effetto limitato; ed in questo proposito vedi tutto quello che ho detto più

Digitized by Google

libet ex sociis potest scalas immittere aut tigna vel lapides pro scalis sustinendis, et ita potest intelligi text. cum gloss. in l. si communes aedes in ver. immittere, communi divi. *Et hoc intelligo, quando murus est sufficiens et idoneus ad sustinendum talia onera: alias secus* (1), *aut murus apparet communis ex alio, puta quia sunt, fenestellae vel annuli ab utraque parte, vel simil.* (2), *et tunc in dubio credo quod non possit: quia regulariter in communi re melior est conditio prohibentis* (3). *Nam negari non potest, quod per dictam immissionem tignorum vel lapidum quibus scalae sustentantur, non fiat aliqua laesio muro communi, si tamen fiat talis missio, per quam nullo modo potest interesse alterius socii, puta quia modica esset missio facta, nec pondus magnum sustineret murus, propter talem missionem, tunc fortasse posset* (4), *et ita alias vidi judicari. Hoc tamen an interesset vel non vicini, relinquendum est arbi. judi. qui inspecta qualitate muri et loci et missionis judicare debet* (5).

V. *Vidimus de muro communi, an possint scalae juxta eum apponi vel immitti? nunc dicamus de muro alieno, in quo sic breviter est concludendum: Aut quis vult ponere scalas ligneas vel lapideas immittendo tigna vel lapides in muro alieno, et non potest, invito aut non consentiente domino: imo dominus muri potest propria authoritate illud quod immissum est in muro suo tollere vel destruere* (6). *Aut quis vult ponere scalas prope murum alienum, nihil in muro immittendo: et tunc aut vult tangere murum ita, ut requiescat in eo, et non potest per dicta jura* (7). *Aut vult tangere etiam non requiescendo: et idem eadem ratione, facit* l. vulgaris. in princ. de fur. *dum dicit, qui aurem hominis tangit, totum hominem tetigisse videtur. Aut*

a ciò; e però ciascheduno de' socii potrà apporvi le scale od immettervi travi o pietre per sostenerle; ed in tal modo si può intendere il testo colla glossa della legge *Si comm. aedes, vers. immittere ff. comm. divid.* E questo intendo procedere, quando il muro è sufficiente ed atto a sostenere tali pesi, e non procedere, se altrimenti. Od il muro apparisce comune per altro motivo, verbigrazia, perchè da ambidue le parti vi sono finestrelle od anelli o simili cose, ed allora nel dubbio io credo che il socio non possa immettere, perchè di regola nella cosa comune è migliore la condizione di chi proibisce. Avvegnachè non si possa negare che per la detta introduzione delle travi o delle pietre, per le quali hanno sostegno le scale, non si apporti alcuna lesione al muro comune. Nondimeno se la immissione fosse tale che niun danno ne potesse derivare al consocio, per esempio, perchè fosse mediocre, nè per essa dovesse il muro sostenere un gran peso, allora forse lo potrebbe; e così altre volte io vidi giudicare. Tuttavolta questo punto, se importi o non importi al vicino, si dee rimettere all' arbitrio del giudice, il quale, osservata la qualità del muro, del sito e della immissione, dovrà giudicare (*a*).

V. Abbiam veduto circa il muro comune, se le scale si possano apporre od immettere in esso; ora trattiamo del muro altrui; intorno al quale così brevemente si deve conchiudere. Od alcuno vuol porre le scale di legno o di pietra coll' introdurre travi o pietre nel muro altrui, e non lo può, se il padrone non lo permetta o consenta; anzi il padrone del muro può di propria autorità togliere e distruggere ciò che in quello fu immesso. Od alcuno vuol porre le scale presso il muro altrui senza introdurre in esso alcuna cosa; ed allora o vuole toccare il muro in guisa da far che le scale posino in esso, e nol può pei testi citati; o vuole toccarlo anche senza che in esso poggino, e non lo può per la stessa ragione. Vale a questo proposito la legge *vulgaris in princ. ff. de furt.* la qual dice: chi tocca l' orecchio di un uomo si reputa aver toc-

(1) *Ut l. in parietis, de damn. infect. et l. cujus aedificium de serv. urb. praed. et dixi supra de serv.*

supra *de servit. tigni immit. in* 4. *et* 5. *quaest. de parietis sine muro nersis* 3. *principaliter est nidem*

quis vult aedificare scalas prope murum alienum, ipsum non tangendo: et tunc subdistingue, aut sunt scalae ligneae, aut lapideae: si sunt lapideae vel de muro, et tunc aut habent fundamentum in terra, ita quod murus dici possit: et credo quod non possit, nisi stent remotae per unum pedem (1): *et ita intelligo Bald. et Flor.* (2) *qui dicunt, quod idem jus est de scalis, quod est de muro: aut non habent fundamentum in terra. Ita quod proprie murus dici non potest: et tunc aedificare poterunt prope fundum alienum, dummodo ipsum non tangat: quia tunc non habet locum,* l. fin. fini. regun.; *si vero sunt scalae ligneae, teneo quod indistincte aedificare possit prope fundum alienum, dummodo ipsum non tangat, nec in eo aliquid immittatur, etiam si scalae sint affixae super tignis affixis in solo aedificantis prope fundum alienum circa unum pedem* (3), *quod not. quia est quotidianum. Et praedicta procedunt, quando quis aedificat in suo scalas prope fundum alienum.*

VI. *Sed quid si aliquis vult aedificare scalas in solo publico juxta domum suam, an possit? Videtur quod non: quia regulariter prohibitum est privato in solo publico authoritate propria aedificare* (4). *In contrarium videtur, quando quis haberet porticum in solo publico, vel stillicidium supra solum publicum, quia quatenus se protendit stillicidium vel porticus, videtur quod sub eo possit aedificare scalas, et similia* (5), *et ita in multis locis reperiunt. In hoc puto, quod loci consuetudo servanda sit* (6). *Sed ubi non apparet de consuetudine, teneo quod fieri non possit: quia locus publicus sub stillicidio vel porticu remaneret publicus* (7).

VII. *Posset etiam dubitari, an quis possit facere scalas in muro supra solum vicini vel publicum. Et dicas regulariter, quod non* (8) *fallit quando fieret sub stil-*

cato tutto l' uomo. Od alcuno vuol fabbricare le scale presso il muro altrui senza toccarlo, ed allora suddistingui. O le scale sono di legno, o di pietra. Se sono di pietra o di muro, in tal caso, od hanno il loro fondamento nel terreno in modo che possano dirsi muro, e credo che non lo possa, se non le tenga lontane per un piede; e così intendo Baldo e Floriano, i quali dicono che vige per le scale lo stesso diritto che vige per il muro. O non hanno fondamento in terra, così che propriamente non si possano dir muro, ed allora si potranno costruire presso il fondo altrui, purchè non lo tocchino; perchè in questo caso non ha luogo la legge finale *ff. finium reg.* Se poi sono scale di legno, allora ritengo che indistintamente si possano fabbricare presso il fondo altrui, purchè non lo tocchino, nè alcuna cosa in esso s' immetta, ancorchè le scale sieno conficcate sopra travi infitte nel suolo del fabbricante circa un piede dappresso il fondo altrui; locchè è da notarsi, perchè quotidiano. E le ora dette cose procedono, allorquando taluno fabbrica le scale nel proprio rasente il fondo altrui (*b*).

VI. Ma che sarà di diritto, se taluno vuol costruire le scale nel pubblico suolo presso la propria casa: lo potrà forse? sembra che no, perchè di regola è vietato al privato fabbricare di propria autorità nel pubblico suolo. All' opposto sembra che sì, qualora alcuno avesse il portico nel pubblico suolo, o lo stillicidio sopra di esso; perchè per quanto si protende lo stillicidio od il portico, sembra che sotto di esso si possano costruire le scale e simili cose, ed infatti così in molti luoghi si ritrovano. Io credo che in ciò si debba osservare la consuetudine del luogo. Ma ove non constasse di consuetudine, ritengo che non possano costruirsi, perchè il luogo pubblico posto sotto lo stillicidio od il portico rimarrebbe pubblico (*c*).

VII. Si potrebbe eziandio dubitare se taluno possa fabbricare le scale nel muro proprio sopra il terreno del vicino o pubblico. Risponderai che di regola non può.

Digitized by Google

dium (1). *Item fallit quando servitus esset imposita* (2).

VIII. *Quaero an appellatione domus veniant scalae. Dic aut scalae sunt extra domum, seu extra ostium domus, et tunc non continentur appellatione domus, et ideo maleficium quod fit in scalis exterioribus extra ostium domus, dicitur non esse factum in domo, secus si essent interiores, et ita not. Barthol. et Flor.* in l. fistulam. § fina. de servit. urb. praed. *Et propterea sequitur aliud, quod quis potest capi pro debito in scalis exterioribus: nec habet locum* (3).

IX. *Quaeritur etiam, quid si scalis admotis quis muros ascenderit civitatis* (*)? *Dic quod capite puniri debet* (4). *Item si quis ascenderit castrum quod habet murum vel valla lignea: secus si fossas tantum loco murorum* (5) *secundum Ludov. Rom.* (6).

X. *Ultimo quaero, quae sit poena apponenti scalas muro alterius causa ingrediendi in domum. Vide Bald. omnino* (7), *et vide text.* (8), *et gloss.* (9).

(1) *L. fin. § fin. de serv. urb. praed.*

(2) *Quod vide supra de serv. projic. in 2. 3. 4. et 5. quaestion.* et de pariete sive muro *in 9. et 7. quaest. infra in sequent. titul. in princ.* et quod dicam infra de necessario.

(3) *L. plerique, de in jus voc.* et adde praedictis *leg. creditor. § fin. cum ibi not. de act. empt. et quod not. Bald. in l. Gallus § fin. ad fin. de liber. et posthu.* et quod plene dixi supra de claustro seu conclavi, et portico, *in 2. quaest.*

(*) *Civitatis.* Civitas muris circumdata an possit alienare murum, vel superascendere, vide Corn. 3. *vol. cons.* 76. *incip. praesens.*

protensione di questo; e l' altro, in cui fosse imposta una servitù (*d*).

VIII. Dimando se le scale si comprendano nel nome di *casa*. Rispondi: o le scale sono fuori della casa o fuori della porta di casa, ed allora non sono comprese nel nome di *casa*, e però il delitto che si commette sulle scale esterne fuori della porta di casa, si dice non essere perpetrato in casa, ed altrimenti se le scale fossero interne, come notano Bartolo e Floriano. E però ne consegue l' altro corollario, che ciascuno può esser preso per debiti sulle scale esterne, ned ha luogo in tal caso la legge *fistulae*, § *fin. ff. de serv. urb. praed.* (*e*).

IX. Si dimanda altresì che sia di diritto se taluno, appressate le scale alle mura della città (*), le abbia ascese? Rispondi, che si deve condannare nel capo. Del pari se taluno scalasse un castello che ha muro o bastita di legno, egualmente dovrebb' esser punito; ma non già qualora in luogo di mura vi avessero fosse soltanto, come opina Lodovico Romano.

X. Da ultimo io chiedo qual pena si debba infliggere a quegli che appone le scale al muro altrui per entrare in casa? Vedi interamente ciò che dice Baldo nei testi relativi, e vedi pur questi e la glossa (*f*).

(4) *L. fin. de re di. et ibi per Dd.*

(5) *Ut est casus sing. in l. desertorum, § nec non, de re milit.*

(6) *In quodam suo singulari.*

(7) *In l. fin. de re judic. et quae ipso nota, in l. si quis non dicam repera, C. de episcop. et cler.*

(8) *In § oper. Instit. de oblig. quae ex quasi delib. nas.*

(9) 22. *quaest.* 8. *illud sane.*

(*) *Città.* Se una città circondata di mura possa queste alienare, o se si possa ascendervi sopra, vedi Corneo, *vol.* 3, *cons.* 76, che comincia praesens.

ANNOTAZIONI AL CAPO LIV.

(*a*) Mi sembra che anche le scale debbano annoverarsi fra quelle piccole costruzioni alle quali ho dato il nome speciale di opere.

Ora un comproprietario di un muro comune può di sua sola autorità costruire attaccandola ad esso una scala di pietra, di legno, di ferro, od immettervi a tale oggetto travi,

Digitized by Google

quelle decisioni delle quali parla il § 835 non può attaccare a quel muro scala di pietra o di altra idonea materia, nè immettervi a tale oggetto travi, pietre ecc.

Per l' art. 1859 del Codice Napoleone non può far ciò senza l' assenso di tutti gli altri comproprietarii.

Ma quel comproprietario potrà almeno costruire vicino a quel muro una scala senza attaccarvisi, senza minimamente toccarlo?

Distingue.

Siamo p. e. tre proprietarii in comune di una casa. Sono nostra comune proprietà anche i muri maestri di essa.

Potrò io comproprietario costruire di mia sola autorità in quella casa una scala vicino ad un muro maestro di essa, ma senza toccarlo per nulla.

Mi sembra di no, perchè costruirei nella cosa comune. Ora pel Codice austriaco non posso farlo senza l' assenso di tutt' i comproprietarii o senza la pluralità di voti od in caso di parità di voti senza una delle decisioni delle quali parla il § 835.

E pel Codice Napoleone non posso farlo senza l' assenso di tutti quei comproprietarii.

Invece, al di fuori di un muro maestro fra noi comune di quella casa havvi un cortile esclusivamente mio. Il suddetto muro come dissi non è esclusivamente mio. Non è nemmeno comune al cortile perchè la comunione non riguarda questo ma la casa ed il muro maestro come muro di essa.

Potrò ora di mia sola autorità costruire vicino a quel muro una scala senza attaccarvela, senza toccarla?

Mi sembra di sì, ritenuto appunto che io nol tocchi per nulla, come ho detto nell'annotazione *c* al Capo XLV parlando della costruzione di una cantina sotterranea nel mio fondo aderente al fondo altrui.

Ma appunto perchè non deggio toccarlo sarà forza che colla mia scala io mi tenga a qualche distanza da esso.

Questa distanza poi sarà quella della quale ho parlato nella suddetta annotazione.

Tutto ciò potrò fare però nel caso in cui gli altri comproprietarii di quel muro comune non divisorio, non avessero per qualunque motivo acquistato il diritto d' impedirmelo. È chiaro che se hanno quel diritto di proibizione non potrò farlo.

In quanto al muro comune divisorio, credo che un comproprietario di esso, quando gli altri comproprietarii non abbiano acquistato diritto d' impedirglielo, possa di sua sola autorità attaccarvi dalla parte sua una scala ed immettere a tale oggetto in esso travi, pietre ecc.

Credo che possa farlo in base al § 855 del Codice austriaco, all' art. 662, e se si vuol anche, per quel che riguarda le travi o pietre, in base all' art. 657 del Codice Napoleone, negli stessi modi nei quali per quello che ho detto nell' annotazione *a* II al Capo LI ei può di sua sola autorità costruire dalla propria parte forno o fornello in un muro comune divisorio. A quella annotazione mi riferisco.

(*b*) È chiaro che io non posso attaccare scale di qualunque materia al muro altrui immettendovi a tale oggetto travi, pietre ecc. oppure senza immettervene, vale a dire semplicemente attaccandomi ad esso, toccandolo, quando dal proprietario di esso non me ne sia stato accordato od io non ne abbia in suo confronto acquistato il diritto, perchè non posso arbitrariamente invadere l' altrui proprietà.

Ma se lo ho fatto, può il proprietario del muro levare, distruggere quelle scale di sua propria autorità.

Mi sembra di no per quello che ho detto nell' annotazione *g* al Capo XXX parlando della trave.

[illegible]

Digitized by Google

nè lo degradano, parmi che sarebbe troppo rigore pretendere che io non potessi semplicemente appoggiarvele, sia poi il muro comune od altrui.

(*c*) Alla domanda se io possa costruire, piantare scale nel pubblico suolo presso la mia casa, risponde l' annotazione *d* al Capo XXXII.

(*d*) Anche alla domanda se io possa costruire una scala facendola sporgere dal mio muro al di sopra del suolo pubblico senza toccarlo, risponde la suddetta annotazione.

Potrò poi farla nello stesso modo sporgere sopra il terreno di privata ragione, del vicino?

Mi riferisco intorno a ciò alla risposta che ho dato nelle annotazioni *a* e *b* al Capo XXXII che può essere al caso concreto applicabile.

Non si tratterebbe di terreno altrui se il suolo sul quale cade il mio stillicidio fosse mio. È chiaro che allora potrei farla sporgere perchè opererei sul mio.

(*e*) Le scale interne di una mia casa sono nel corpo di essa, quindi nel nome di essa sono comprese.

In quanto alle scale esterne di quella mia casa, o le ho costruite su sito pubblico, o su sito privato.

Nel primo caso vale quello che ho detto nell' annotazione *d* al Capo XXXII.

Fino a che l'Autorità politico-amministrativa che mi ha permesso di costruirle, le lascia sussistere perchè non offendono i pubblici riguardi, servendo esse naturalmente all' uso continuo della mia casa, sono pertinenza di essa e sono nel nome di essa comprese.

Nel secondo caso.

O il sito sul quale le ho costruite è mio ed allora sono mie, e servendo all'uso continuo della mia casa ne sono pertinenza e sono nel nome di essa comprese.

O quel sito è altrui e le ho costruite coll' assenso del proprietario di esso, ed allora:

Se abbiamo convenuto che rimangano proprietà della casa, ovvero sua, saranno o no comprese nel nome della casa secondo la convenzione. Il saranno se rimanere deggiono proprietà della casa. Nol saranno se deggiono rimanere proprietà del padrone del sito.

Se nulla intorno a ciò abbiamo convenuto, parmi che saranno mie, che saranno comprese nel nome della mia casa, e che il proprietario del sito coll' avermi accordato permesso di costruirle, avrà tacitamente assunto la servitù passiva di tollerarle su quel suo sito.

O invece le ho costruite sul sito altrui senz' assenso del proprietario di esso, ed allora per quello che ho detto nell' annotazione *c* al Capo XXXII parmi in regola, che dovrei essere trattato secondo i §§ 418 e 419 del Codice austriaco e secondo l' art. 555 del Codice Napoleone.

Cioè secondo che le scale in questo caso rimarranno o no mia proprietà, saranno o non saranno comprese nel nome della mia casa.

Ho detto in regola, perchè se le avessi bensì costruite sul sito altrui senza assenso del proprietario di esso, ma lo avessi fatto in modo e fosse trascorso il tempo atto a farmi acquistare per prescrizione ossia per usucapione il diritto di tenervele, parmi che allora sarebbero divenute mia proprietà e che sarebbero nel nome della mia casa comprese.

Tutto ciò che fin qui ho detto riguarda i rapporti del diritto civile e non penale come ho osservato nell' annotazione *d* al Capo XLIV.

Digitized by Google

CAPUT LV.

DE FERRATIS.

I. *Fenestris suis si quispiam fecit apponere ferratas protendentes extra murum suum supra vicini solum, an poterit.* — II. *Fenestras suas ferratas si quispiam versus solum vel domum vicini habeat, quae sic per 30. vel 40. annos steterunt, et ipsemet eas tollere velit, vicinus autem contradicat, quid juris.* — III. *Fenestras si quis versus domum, vel etiam fundum vicini habeat, per quas in domum vicini ire potest, an cogi possit, ut fenestras ferratas ponat, ut sibi dicta facultas intrandi tollatur.*

I. *Quis fecit fenestris suis ferratas apponere protendentes extra murum suum supra solum vicini, quod non* (1), *quia solum vicini debet esse liberum usque ad caelum* (2), *sed hoc fallit, quando esset servitus imposita, vel quando fieret sub stillicidio suo, quatenus stillicidium se protendit* (3), *facit quod dixi supra de scalis* (4), *et quod dicam infra de specularibus. Item fallit quando fieret supra solum public. quia ità servatur de consuetudine* (5).

II. *Quid si aliquis habeat fenestras suas ferratas versus solum vel domum vicini, quae sic steterunt per 30 vel 40 ann. ipse*

CAPO LV.

DELLE FERRATE.

I. Se taluno fece porre alle sue finestre le ferrate, che si protendono fuori del muro sopra il suolo del vicino, può egli far ciò di diritto? — II. Se taluno ha le ferrate nelle sue finestre verso il suolo o la casa del vicino, le quali così rimasero per 30 o 40 anni, ed egli stesso voglia cavarle ed il vicino s' opponga, che sarà di diritto? — III. Se taluno ha le finestre verso la casa od anche il fondo del vicino, per le quali può andare nella casa di questo, può esser costretto a coprir di ferrata le finestre onde gli sia tolta facoltà di entrare?

I. Certuno fece porre alle sue finestre le ferrate sporgenti fuori del suo muro sopra il suolo del vicino; si dimanda se lo possa di diritto? Risponderai che di regola nol può, perchè il suolo del vicino debb' esser libero sino al cielo, eccetto il caso in cui fosse imposta servitù, oppur quando si ponessero sotto il proprio stillicidio nello spazio compreso dal suo sporto; al che conviene ciò che ho detto sopra circa le scale, e ciò che dirò intorno le gelosie; ed eccettuato pur l' altro, quando si ponessero sopra il suolo pubblico, perchè così s' osserva per consuetudine (*a*).

II. E che sarà nel caso seguente? Alcuno ha le finestre ferrate verso la casa o fondo del vicino, e così rimasero per 30 o 40 anni, ora egli vuol cavarne le ferrate ed il

Digitized by Google

interest sua, ne vicinus vel alius possit per dictas fenestras venire in domum suam, quaeritur quid juris. In hac quaest. puto sic dici posse, aut est servit. constituta, ut retineantur ferratae, et non potest eas auferre: aut non est constituta, et tunc aut alius voluit auferre, et fuit impeditus per vicinum, et propter impedimentum et per contradictionem destitit auferre, et elapsum est tempus sufficiens ad praescribendum istam servitutem (1), *aut non est transactum illud tempus, et tunc licet non sit praescripta servitus, tamen propter illam destitutionem et contradictionem contradicens est constitutus in quasi possessione illius juris remanendi ferratae* (2), *aut nunquam fuit contradictum: et tunc aut ille vult tollere ferratam in despectum vicini, vel ut noceat vicino principaliter, puta aut possit per illas fenestras visitare domum vicini propter filiam suam, vel pedissequam, vel alia causa simili, et non potest* (3). *In dubio tamen non praesumitur animus nocendi* (4), *aut vult tollere ferratas pro aliqua commoditate domus suae: et potest, licet noceat vicino* (5).

III. *Sed quid e contra? quidam habet fenestras versus domum vel fundum vicini, per quas potest ire in domum vicini, an possit cogi ut ponat fenestras ferratas, ut tollatur sibi dicta facultas intrandi? Dic breviter, quod non, quia nemo cogitur in suo laborare, nisi sit imposita servitus* (6), *et quia in re sua quilibet est moderator et arbiter* (7). *Eo autem casu quo tenetur habere fenestras ferratas in suo, si reperiantur fractae vel aetate consumptae, an ipse tenetur iterum reficere, et sumptibus suis? Teneo quod sic* (8): *imo etiam plus dico, quod etiam si destructae vel extractae essent in totum ferratae de fene-*

(1) *Et idem per l. haec autem jura, cum ibi not. et gloss. et Dd. de servit. urban.*

(2) *Text. est cum gloss. not. in l. qui luminis-*

to tempo acquistò diritto di vietarglielo, e così pure perchè gliene importa, onde il vicino od altri non possa venire alla casa sua per le dette finestre. Si dimanda che sia di diritto? In tale questione io penso che così possa dirsi. O fu costituita servitù di tenere le ferrate, ed allora, non può cavarle; o non fu costituita, ed allora o l'altro vuol torle e n'è impedito dal vicino, ed in forza dell'impedimento e contraddizione desiste dal cavarle e trascorre un tempo sufficiente a prescrivere questa servitù; ed avviene lo stesso. O quel tempo non è passato, ed allora sebbene la servitù non sia prescritta, nondimeno per l'avvenuta contraddizione ed acquiescenza, il contraddicente s'è costituito nel quasi possesso del diritto che sussistano le ferrate. O non fu mai contraddetto, ed allora, o quegli vuol cavare le ferrate per far dispetto al vicino, o perchè a lui principalmente provenga danno, o, verbigrazia, per potere da quelle finestre penetrare nella casa del vicino a cagione della sua figliuola o della fantesca o per altra causa consimile, ed in tal caso nol può. Tuttavolta nel dubbio non si presume la volontà di nuocere. O vuol cavare le ferrate per qualche comodità della sua casa, ed il può fare, tuttochè nuoccia al vicino (*b*).

III. Ma che sarà nel caso contrario? Certuno ha le finestre verso la casa o fondo del vicino, per le quali può entrare nella casa di costui; può forse esser costretto a por le ferrate alle finestre onde gli sia tolta la detta facoltà d'entrare? Rispondi brevemente di no, perchè nessuno può esser forzato a far qualche cosa nel suo, quando non sia imposta una servitù, e perchè ciascuno nella cosa propria è moderatore ed arbitro (*c*). Nel caso poi che alcuno sia obbligato a tenere ferrate alle proprie finestre, se desse si trovano rotte o consumate dal tempo, sarà forse tenuto a rimetterle nuove od a sue spese? Ritengo che sì; anzi io dico inoltre, che se anche le ferrate delle finestre fossero distrutte o tolte via interamente, come avviene talvolta in tempo di guer-

(5) *Ut probatur in d. l. fluminum, § fin. cum l. sequ. quae incip. Proculus.*

(6) *Ut habetur in l. fin. cum l. sequen. de aqua*

Digitized by Google

atrio, sicut fit quandoque per stipendiarios tempore guerrae, et etiam quia domus vel murus, in quo sunt ferratae, corruerit, an si reficiantur fenestrae, teneatur refici ferratae, et dico quod sic (1). *Ultimo adde praedictis, quae dixi supra* de stillicidio sive tecto, in 1 quaest. et supra de penu.

(1) *Pro quo vide quod dixi supra, ne servitut. stillicidii avertendi, in* 8. *quaest.*

ra per opera de' mercenarii, egli sarebbe obbligato a riporle; ed anche qualora la casa o il muro, nel quale sono le ferrate, fosse crollato, e si rifacessero le finestre, io ritengo che dovrebbe riporvele. Infine aggiungi alle predette cose ciò che ho detto sopra circa lo *stillicidio* od il *tetto* nella prima questione, e circa la *cantina* (*d*).

ANNOTAZIONI AL CAPO LV.

(*a*) Col permesso dell'Autorità politico-amministrativa io posso munire delle mie finestre respicienti su sito pubblico ad uso pubblico, d' inferriate che sporgano su quel sito fuori del mio muro.

Ma non posso farle sporgere sul sito privato altrui se non ne ho acquistato il diritto, perchè non posso arbitrariamente invadere l' altrui proprietà.

Veggasi quello che ho detto nell' annotazione *a* al Capo XXXII.

Non potrei così farle sporgere su quel sito altrui sul quale avessi servitù attiva di stillicidio, perchè quel semplice diritto di stillicidio non mi dà l' altro diritto di farvi sporgere le suddette inferriate.

Ma se il fondo sotto la mia casa o sotto il mio muro fosse mio, allora vi faccia io o no cadere il mio stillicidio, potrei far isporgere le mie inferriate al di sopra di quel fondo per quanto esso si estendesse, perchè opererei sul mio.

(*b*) Se ho finestre verso la casa od il fondo del vicino munite d' inferriate che deggio tenervi per obbligo, come p. e. nei casi del § 488 del Codice austriaco e dell' art. 676 del Codice Napoleone, non posso di mia sola autorità levarle.

Ma se le tengo senza obbligo cioè pel diritto della mia proprietà ossia per atto di mera mia facoltà, come ho detto nell' annotazione *a* al Capo XX ai n. 6 e 7 parlando del Codice Napoleone, allora per la stessa ragione che sta nel mio diritto di proprietà ed in facoltà mia di tenerle, posso anche levarle.

Non potrei però levarle, quando avendo io voluto talora farlo, il vicino vi si fosse opposto o me lo avesse impedito pretendendo di avere diritto di farmele tenere, io mi fossi acquietato alla opposizione od all' impedimento e fosse trascorso da allora il tempo dalle leggi stabilito per indurre a favore di lui la prescrizione acquisitiva ossia usucapione.

Sembrami che in questo caso, specialmente pel § 1459 del Codice austriaco, il proprietario della casa o del fondo vicino avrebbe acquistato per usucapione il diritto d' impedirmi di levarle, ed io avrei perduto per prescrizione il diritto di toglierle dalle mie finestre, ossia avrei l' obbligo di conservarle.

Ma che cosa dovrebbe dirsi quando nel suddetto caso di proibizione o d'impedimento da parte del vicino, e di acquiescenza da parte mia, non fosse trascorso il tempo della usucapione e rispettivamente della prescrizione?

Allora, specialmente pei §§ 312, 313 del Codice austriaco, il mio vicino sarebbe in possesso del diritto di far conservare sulle mie finestre le inferriate.

Se io volessi un' altra volta levarle nè mi acquietassi alla sua opposizione od impedi-

Digitized by Google

Se non ho diritto di levarle, non posso farlo nemmeno per fargli dispetto o per arrecargli quel pregiudizio.

Se ho diritto di levarle, posso farlo e non si può cercare per quale motivo lo faccia.

Toccherà al vicino guardarsi da quel dispetto o da quel pregiudicio.

(*c*) Il mio vicino può obbligarmi a munire d' inferriate le mie finestre verso la sua casa o fondo, perchè da esse posso penetrarvi?

Per l' art. 676 del Codice Napoleone mi pare di sì quando le finestre fossero aperte in un mio muro contiguo a quella casa o fondo.

Pei §§ 475 N.° 3 e 488 del Codice austriaco non ho obbligo di tener munite le finestre d' inferriata e di tener difesa l' apertura se non quando ho diritto di aprirle nel muro altrui, e non quando le tengo aperte per diritto di proprietà nel mio muro.

(*d*) Per l' art. 676 del Codice Napoleone ho l' obbligo di munire d' inferriate le finestre del muro tra me ed altri non comune, ma mio contiguo al fondo altrui.

Pel § 488 del Codice austriaco ho l' obbligo di munire di quella inferriata la finestra che ho aperta nel muro altrui quando non mi competa diritto di prospetto da essa.

Se in questi due casi ho l' obbligo di munire le finestre d' inferriate, parmi che sia conseguenza di quell'obbligo che io debba sopportare ogni spesa per quelle inferrate.

Non mi sembra poi dubbio dover io sopportare quella spesa quando io non tenga le inferriate per obbligo ma voglia tenerle facendo uso del mio diritto di proprietà.

Digitized by Google

CAPUT LVI.

DE SOLARIO.

I. *Solarium si quispiam aedificare velit ad hoc ut sustineatur, in quo loco ipsum affigere debeat.* — II. *Murus quomodo cognoscatur an sit communis, vel non, et an sit communis pro diviso, vel indiviso.* — III. *Solarium quod est infixum muro communi vel alieno jure servitutis, an pavimentum vel lateribus cooperiri possit.* — IV. *Solarium unum vel plura si una domus habeat, et pars inferior sit unius, pars vero superior alterius, sicuti Venetiis contingit, si ille qui partem superiorem habet, non habeat aditum veniendi ad ipsam, nisi per scalas per partem inferiorem, nunquid per illam venire poterit.* — V. *Solarium superius domus alicujus si quispiam habeat, in quo quotidie habitantes currant, vel ejus pueri salient, vel pulsent, ita quod existentibus in parte inferiori impedimento sint, quid juris.*

I. *Si quis vult aedificare solarium, in quo loco debet ipsum affigere, ut sustineatur? dic quod aut muri undique sunt sui, et in eis potest tigna ponere, et istud non habet dubium, aut muri sunt communes vicino, et tunc aut pro diviso, aut pro indiviso. Primo casu potest, quatenus durat pars sua eadem ratione, et non ultra, nisi esset servitus imposita, per ea quae statim dicam. Si pro indiviso, tunc potest imponere, quatenus durat murus, si murus est ad hoc destinatus* (1).

II. *Quomodo autem cognoscatur an murus sit communis vel non, an sit communis, pro diviso vel indiviso*: vide quae dixi supra de pariete sive muro 1 et 2.

(1) *Ad hoc vide quod dixi supra, de scalis, vers. quid autem dicendum.*

CAPO LVI.

DEL SOLAJO.

I. Se qualcuno vuol fabbricare un solajo, in qual luogo dovrà conficcarlo affinchè sia sostenuto. — II. In qual modo si conosca se un muro sia o no comune, e se sia comune divisamente od indivisamente. III. Se si possa coprire di pavimento o di quadrelli il solajo ch'è infisso nel muro comune o nell'altrui per diritto di servitù. — IV. Quando una casa ha uno o più solai, e la parte di sotto sia di uno, quella di sopra di un altro, come avviene in Venezia, se quegli che ha la parte superiore non abbia accesso per andare ad essa se non per le scale del piano inferiore, potrà forse andarvi per questo? — V. Che sia di diritto, se taluno abbia sopra del suo un altro solajo nella stessa casa, nel quale gli abitatori corrano tutt' i giorni o i di lui fanciulli saltino o battano, in modo che facciano incomodo a quelli che abitano il piano inferiore?

I. Se alcuno vuol fabbricare un solaio, in qual luogo deve poggiarlo, affinchè sia sostenuto? Rispondi che, o i muri da tutte parti sono suoi, e in essi potrà immetter le travi, e questo è fuori di dubbio; o i muri sono comuni col vicino, ed allora lo sono o divisamente, od indivisamente. Nel primo caso può imporle sino a quanto s'estende la sua porzione, per la ragione istessa, ma non già più oltre, qualora non fosse imposta una servitù, e ciò in virtù di quello che or ora dirò. Se sono comuni indivisamente, può immetterle per quanto il muro s'estende, se però questo sia a ciò destinato.

II. In qual modo poi si conosca se il muro sia comune o no, o se sia comune divisamente od indivisamente, vedi ciò che ho detto più sopra circa la parete od il muro nella 1.ª e 2.ª quistione. Od il muro spetta

Digitized by Google

quaest. *aut murus est alienus, et regulariter non potest: quia in re aliena non est licitu aliquid immittere citra servitutem, nisi domino volet* (1). *Sed prope murum alienum super trabibus vel lignis positis vel requiescentibus in solo suo inferiori bene potest aedificare solarium, nec est opus dimittere spatium aliquod etiam unius pedis: quia non habet hoc casu locum* l. fin. fini. reg. *et ita vidi saepe observari in solario et stillicidio: quia possunt prope murum vicini aedificari, dummodo ipsum non tangant, neque super eo requiescant, sed trabibus existentibus in suo, quod nota, quia quotidianum est.*

III. *Sed quaeritur, an quis possit solarium, quod est infixum muro communi vel alieno jure servitutis, pavimento vel lateribus cooperire, dic regulariter quod sic. Fallit si propter talem cooperturam minimum gravaretur murus, in quo requiescit solarium: nam tunc non potest* (2). *Nam in tali solario non potest dominus imponere magnum pondus: puta frumenti, vel baldi, quando murus commode sustinere non posset, quod est notandum contra multos qui habent granaria.*

IV. *Sed pone, quod una domus habet unum solarium vel plura, pars inferior est unius: pars superior est alterius, sicut Venetiis in multis domibus contingit; ille qui habet partem superiorem, non habet aditum veniendi ad ipsam, nisi per scalas vel partem inferiorem: an per illam poterit venire? Dic quod non: nisi sit imposita servitus: sed debet facere scalas aliunde* (3).

V. *Quid autem si habens solarium superius, in quo quotidie currant vel ejus pueri saltent, vel pulsent, ita quod sint impedimento existenti in parte inferiori. Dic aut hoc fit in despectum et damnum vicini, et non potest* (4). *Aut hoc non fit in*

ad altri, ed allora di regola non può immettere; perchè nella cosa altrui non è lecito immettere alcunchè senza servitù, se il padrone non lo consenta. Ma vicino al muro altrui può bensì fabbricare il solaio sopra le travi od i legni posti o poggiati nel suo suolo inferiore, nè sarà obbligato a lasciar in mezzo alcuno spazio, neppure d' un piede, perchè in questo caso la legge finale *ff. finium regund.* non ha luogo, e così spesse volte io vidi esser fatto circa il solaio e lo stillicidio; imperocchè questi si possono fabbricare presso il muro del vicino, purchè non lo tocchino, nè poggino sopra d' esso, sì invece sulle travi che stanno nel proprio fondo; lo che nota, perch' è cosa quotidiana (*a*).

III. Ma io dimando se taluno possa coprire con pavimento o con quadrelli il solaio ch' è infisso nel muro comune o nel muro altrui per diritto di servitù? Rispondi che di regola il può. La quale regola fallisce, se a cagione di tale coprimento si aggravasse di troppo il muro nel quale posa il solaio; perchè allora nol potrebbe. Conciossiachè in questo solaio il padrone non può mettere un peso grande, esempigrazia, frumento o biade, qualora il muro non potesse agevolmente sostenerlo; lo che merita d' essere notato contro molti che hanno granai (*b*).

IV. Ma poni qui questo esempio. Una casa ha uno o più solai; la parte di sotto è di uno, quella di sopra di un altro, come avviene di molte case in Venezia. Quegli che ha la parte di sopra non ha accesso onde andarvi, se non per le scale della parte di sotto, ovveramente per questa. Potrà egli andare al suo piano per essa? Rispondi che no, se non fu imposta una servitù, ma deve costruire le scale in altro luogo (*c*).

V. E che sarà poi se alcuno ha sopra di sè un altro solaio, nel quale ogni giorno si corra da chi vi abita, o i di lui figliuoli saltino o battano in guisa da incomodare quelli che stanno nel piano inferiore? Rispondi: o ciò si fa per dispettare o danneggiare il vicino, e non si può fare; e ciò non

Digitized by Google

de optimum tex. in l. sicuti, § Arist. si serv. vend. *ubi etiam habetur, quod si projiceretur aqua in solario causa scopandi, vel propter calorem, et aliquid de aqua caderet inferius, propter hoc non tenetur* (1). *Ultimo adde pro complemento materiae quae dicam infra de moeniano.*

(1) *Circa quod vide omnino quae dixi supra de servitut. projic. in 2. quaest.*

sto della legge *sicuti* § *Aristo ff. si serv. vind.*, ove anche si trova, che se si gettasse acqua nel solaio per iscoparlo o per attutare il calore, e qualche poco di essa cadesse nel piano sottoposto, non saremmo per ciò tenuti. Finalmente aggiungi a compimento della materia ciò che dirò fra poco circa il poggiuolo (*d*).

ANNOTAZIONI AL CAPO LVI.

(*a*) Anche a me sembra che la parola latina *Solarium* corrisponda alla italiana *Solajo*. Che cosa è poi in italiano il solajo?

Secondo il Carena Vocabolario domestico (Torino, Fontana, 1846) solajo « è quel piano orizzontale di legnami che separa due stanze l'una sopra l'altra e che alla stanza » inferiore serve di palco, alla superiore di pavimento.

» Il solajo è composto di una o più travi, di piane, di panconcelli, di assi; questi » commessi insieme a dente e canale per lo lungo, inchiodati nelle testate e ingessati in» torno intorno nel muro. »

Servendo poi il solajo di pavimento alla stanza superiore che cosa è il pavimento?

Secondo il suddetto vocabolario « il pavimento è termine generico di ogni sorte di » coperta fatta soda e stabile o sopra i palchi o sopra le volte o sul terreno per poter » camminare comodamente nelle stanze ecc. »

Parla ora il Cipolla in questo capo del solajo del quale ho qui riportato la definizione?

Non sono sicuro di non ingannarmi, ma mi sembra di sì.

Ei parla infatti di travi collocate nei muri per sostenerlo; parla della coperta di esso; di una casa di più solai che dividono i di lei piani; di solai di una casa sul quali si corre, si salta ecc.

Ora il solajo secondo la definizione del Carena è composto di travi; serve alle stanze superiori di pavimento ch'è la coperta; separa stanze ossia piani di una casa superiori ed inferiori, sulla suddetta coperta si cammina ecc.

I segni dunque distintivi del solajo secondo il Cipolla corrisponderebbero a quelli della definizione del Carena.

Sembrerebbe dunque che il primo parlar volesse di quello stesso solajo che il secondo ha definito.

Rispondo ora alle domande qui fatte dal nostro autore.

1.° Se i muri da tutte le parti sono miei, è chiaro che pel mio diritto di proprietà potrò collocare in essi le travi che sostener deggiono il mio solajo.

2.° Se i muri da tutte le parti sono non miei ma altrui, è pur chiaro che non potrò collocare in essi quelle travi senza averne acquistato diritto perchè non posso arbitrariamente invadere l'altrui proprietà.

3.° Se i muri sono comuni a me e ad altri, allora anche qui distinguo i non divisorii dai divisorii come ho detto nell'annotazione *l* al Capo XL.

Se non sono divisorii, parmi che io di mia sola autorità e senza che sia stato soddisfatto alle condizioni dei §§ 828, 833, 834, 835 del Codice austriaco e dell'art. 1859 del Codice Napoleone che mi sembra applicabile anche al caso di qualunque costruzione, non potrò in essi collocare le travi pel mio solaio.

Se sono divisorii, mi sembra a dir vero che collocare in essi travi per formare un solajo non possa dirsi una grande, sibbene una piccola costruzione, non possa dunque dirsi, secondo la denominazione da me adottata, una costruzione, sibbene un'opera.

E se ciò è vero, vale a dire se quel lavoro è una semplice opera, mi sembra che ad esso sieno applicabili il § 855 del Codice austriaco e l'art. 662 del Codice Napoleone che a parer mio contemplano appunto le opere.

Digitized by Google

Pel § 855 del Codice austriaco posso di mia sola autorità usare dalla mia parte del muro comune divisorio fino alla metà nella grossezza.

Dunque dalla mia parte fino alla metà in quella grossezza posso collocare travi.

Inoltre dalla mia parte posso costruirvi opere quando non espongano a pericolo il muro e quando io non impedisca al vicino l' uso della sua porzione di quel muro.

A queste condizioni dunque posso dalla mia parte anche servirmi di quelle travi per sostenere il mio solajo.

Per l' art. 662 del Codice Napoleone, o coll' assenso del comproprietario del muro divisorio comune, o in caso di rifiuto dopo aver fatto determinare da periti i mezzi necessarii onde l' opera non riesca di danno alle ragioni di quello, posso naturalmente dalla mia parte fare in quel muro incavi; dunque posso farvi buchi per collocarvi le travi che sostengano il mio solajo. Posso applicarvi, appoggiarvi nuove opere; dunque da quella mia parte posso fabbricare quel mio solajo.

Al più in riguardo alle mie travi sarà salvo al comproprietario il diritto di accorciarle dalla sua parte nei casi dell' art. 657.

Per quello che ho detto poi nell' annotazione *a* II n. 3 al Capo LI non posso di mia sola autorità immetter travi per sostenere solajo dalla parte dell' altro comproprietario perchè non posso così invadere la sua proprietà.

Dalla mia parte tanto più posso farlo, in quanto che travi e solajo vengono a stare sul mio e non sull' altrui.

4.° Ma che cosa sarà in diritto se i muri nei quali collocare vorrei le travi onde sostenere il mio solajo fossero non già comuni ma divisi tra me ed altri, come ho detto nell' annotazione *m* al Capo XL?

P. e. il pian terreno ed i mezzanini di una casa sono proprietà di altri.

Il piano sovrapposto a quei mezzanini è mia proprietà.

L' atto di acquisto di quella casa ha stabilito, che il proprietario del pian terreno e dei mezzanini abbia la proprietà anche dei muri che gli chiudono e che in essi sono compresi, e che io proprietario del piano superiore abbia la proprietà dei muri che lo cingono e che in esso si trovano.

Sicchè la proprietà di tutt' i muri di quella casa non è comune a me ed all' altro proprietario, ma è divisa fra noi.

Sicchè ognuno di noi ha la proprietà della sua porzione fisica, determinata, separata dall' altra porzione, di quei muri.

Mi par chiaro che nella porzione di muri spettante all'altro proprietario, di mia sola autorità io non posso collocar travi per sostenere un mio solajo perchè non posso così invadere la sua proprietà.

Ma potrò io collocarle e fabbricare quel solajo servendomi della mia porzione di quei muri?

P. e. il piano superiore sovrapposto ai mezzanini e rispettivamente al pian terreno della suddetta casa, e che colla relativa porzione di muri è mia esclusiva proprietà, è molto elevato, ed ha in una sala od in una stanza grandi finestre che si estendono quasi dal pavimento al palco, o soffitto.

Di quella mia sala o stanza vorrei formarne due, una superiore, l' altra inferiore, trammezzandola alla metà o più in su della metà della sua altezza con un solajo.

Posso collocare a tal fine ne' miei muri travi che sostengano quel mio solajo?

O il mio solajo impone un peso ai muri sottoposti dei mezzanini e del pianterreno,

Digitized by Google

Il Codice austriaco, come ho detto più volte, non prescrive distanze.

L' art. 674 del Codice Napoleone non le prescrive per questa specie di opere.

Potrò costruire quell' opera purchè non tocchi il muro altrui.

E se non deggio toccarlo sarà forza che pur mi tenga a qualche distanza da esso.

Veggasi anche qui ciò che ho detto per la cantina sotterranea nell' annotazione *c* al Capo XLV.

(*b*) Qui l' autore domanda se io posso coprire con pavimento o con quadrelli il mio solajo sostenuto da travi infisse nel muro comune od altrui per diritto di servitù.

Distinguendo egli fra le coperte del solajo quella con pavimento da quella con quadrelli, pare che chiami pavimento la sola coperta di legno.

Ma veramente pavimento come ho detto secondo il Carena nell' annotazione *a* a questo Capo « è qualunque coperta fatta soda e stabile o sopra palchi o sopra volte o sopra » terreno, ad uso di camminarvi sopra comodamente. »

Quella coperta poi soggiunge il Carena « fassi o di legno, o di mattoni, o di pie- » tre in varii modi, e così ne risultano altrettante specie di pavimento, » ch' egli poi in seguito distingue in intavolato, intarsiato, seaceato, a smalto ossia battuto, ammattonato ecc. ecc.

È pavimento dunque la suddetta coperta, sia essa poi di legno ovvero di quadrelli ossieno mattoni.

Il solajo poi, cioè quel piano orizzontale che separando due stanze l'una sopra l'altra serve alla stanza superiore di pavimento.

Cioè esser ponno pavimento di questa stanza, le tavole sovrapposte alle travi, commesse insieme, inchiodate alle testate, ed ingessate intorno intorno ai muri, tavole che sono parte integrante del solajo.

Se dunque a titolo di servitù ho diritto di aver solajo sostenuto da travi infisse nel muro comune od altrui, ho diritto anche di avere quel pavimento di tavole ch' è parte integrante del suddetto solajo, e senza il quale questo non può essere immaginato.

Ma avrò io diritto di sovrapporre a quel solajo e rispettivamente al pavimento di legno che come ho detto poco fa ne è parte integrante, altro pavimento o coperta di legno, di mattoni, di pietre?

Sì, se l' atto costitutivo (atto scritto, titolo, come ho detto a principio dell' annotazione *c* al Capo XXVIII) della mia servitù mi accorda di sovrapporvelo.

No, se mel vieta.

Sì, se sono in possesso inducente a mio vantaggio prescrizione acquisitiva (usucapione) del diritto di tenervelo sovrapposto.

No, se non ho a mio vantaggio quel possesso.

Ma che cosa si dirà se non ho quel possesso, e se l' atto costitutivo della mia servitù tace del tutto su ciò?

Allora sembrami non rimanere altro, se non badare al fine pel quale, come dice egregiamente il § 484 del Codice austriaco, fu costituita la mia servitù, e regolarsi dietro quel fine.

P. e. nei paesi ove sono in uso i pavimenti di legno se ho acquistato la servitù di tener infissi nel muro comune od altrui travi che sostengano il solajo di una mia stanza destinata ad abitazione di persone civili, parmi che potrò sovrapporvi un pavimento intarsiato.

Nei paesi come a Venezia, ove sono in uso i pavimenti a smalto ossieno battuti (volgarmente detti terrazzi) se ho acquistato quella servitù per stanze destinate ad abitazione, parmi che potrò sovrapporre al mio solajo questo pavimento.

Nei paesi ove sono in uso i pavimenti ammattonati, parmi che potrò sovrapporre al solajo delle suddette stanze questo pavimento.

Digitized by Google

(*c*) Qui l' autore parla di casa ad uno o più solai, la parte di sotto della quale sia di uno e la parte di sopra di altro proprietario.

Parla appunto del nostro solajo, ch' è quello che separa le stanze inferiori dalle superiori di quella casa.

Domanda, se quegli che ha la parte di sopra, non potendo accedervi se non passando per la parte di sotto, abbia diritto di passarvi.

Gli elementi per rispondere a questa domanda gli ho svolti nelle annotazioni *c*, *d* al Capo XXXVIII del passaggio e *d* al Capo XLII dell' uscio ossia della porta.

(*d*) L' abitante il piano superiore di una casa, corre, salta, batte sul proprio solajo per recare incomodo o far dispetto all' abitante il piano inferiore.

Può questo impedir ciò a quello secondo la legge civile?

Sì, se ha acquistato secondo essa il diritto d' impedirglielo.

No, se non ha acquistato quel diritto di proibizione.

Veggasi ciò che intorno alla emulazione ho detto nelle annotazioni *f* al Capo XXXIX ed *a* in fine del Capo XLII.

Ma se l' abitante il piano inferiore non ha, come ho detto, diritto di proibire all'abitante il piano superiore di battere, può questo battere sul proprio solajo in modo d' arrecar danno a quello, p. e., guastandogli o facendogli cadere il soffitto delle sottoposte sue stanze, senza obbligo d' indennizzarlo?

Col suo percuotere, l' abitante il piano superiore toccò immediatamente il proprio solajo.

Ma a mio credere toccò mediatamente anche il sottoposto soffitto dell' abitante il piano inferiore, perchè se con quel percuotere non lo avesse toccato, non si sarebbe guastato nè sarebbe caduto.

Toccò dunque la proprietà altrui che non gli era lecito di toccare.

Dunque non esercitò il proprio diritto nei giusti limiti e ledette il diritto altrui.

E se così ledette l' altrui diritto fa d' uopo vedere se l' abbia leso o no con colpa, come dice il § 1294 del Codice austriaco, e per colpa, negligenza, imprudenza come dicono gli art. 1382, 1383 del Codice Napoleone.

Nel caso affermativo sembrami che chi abita di sopra debba risarcire il danno arrecato a chi abita di sotto.

Nel caso negativo sembrami che non sia tenuto a ripararlo.

E tutto ciò pei §§ 1295, 1306 del primo e pegli art. 1382, 1383 del secondo di quei Codici.

Lo stesso parmi poi che debba dirsi quando l' abitante il piano superiore col versare acqua sul proprio solajo avesse recato danno a chi abita il piano inferiore.

Veggasi in questo riguardo anche ciò che ho detto nell'annotazione *b* al Capo XXXI della servitù di gittare.

Ma come! Non ho detto nell' annotazione *a* al Capo XXXIII della servitù di non togliere il prospetto, che quando pel Codice Napoleone la legge preseriva distanze, ognuno, osservate le distanze nei singoli casi prescritte, possa sul suo fondo verso il fondo del vicino edificare e piantare, salvi i pubblici riguardi, quand' anche facendolo arrechi a questo ultimo danno, che per conseguenza non dee riparare?

E non ho detto nella suddetta annotazione che pel Codice austriaco, secondo lo Schuster, ognuno sul proprio fondo può costruire, ampliare, innalzare di più un proprio edifizio senza riguardo a distanze, quand' anche con ciò rechi al vicino un danno che dunque non dee riparare?

Come ora può reggere, che possa esistere il caso di dover riparare il danno arrecato col battere sull' altrui proprietà, e che non vi abbia il caso di riparare il danno ad altri arrecato coll' edificare e col piantare?

Può reggere benissimo perchè l' un caso è diverso dall' altro.

Quando chi abita il piano superiore di una casa batte sul proprio solajo in modo da guastare o far cadere il soffitto del piano inferiore, tocca, come ho detto di sopra, la proprietà altrui. E non dovendo toccarla lede l'altrui diritto, e se ledendolo commette colpa, negligenza, imprudenza, dee risarcire il danno che ha arrecato.

Chi invece, secondo il Codice Napoleone, edifica o pianta alle distanze che possono essere dalla legge prescritte, non tocca l' altrui proprietà appunto perchè osserva quelle

Digitized by Google

che coll' edificare o col piantare potesse avere recato.

E per quel Codice, perfino quando la legge non prescriva distanze, qualche distanza, per quello che ho detto nell' annotazione *c* al Capo XLV della cantina sotterranea, necessariamente vi dee essere perchè l' altrui proprietà non può essere toccata. Osservata quella necessaria distanza la proprietà altrui non viene toccata; non viene leso l' altrui diritto, e non havvi quindi il caso di una indennizzazione pel danno che fosse stato arrecato.

In quanto al Codice austriaco è vero quel che dice lo Schuster, non prescrivere la legge distanze. Ma anche qui, come ho detto per la cantina sotterranea, qualche distanza esser dee inevitabilmente osservata. Osservatala, non si tocca la proprietà altrui; non si lede l' altrui diritto e non vi è responsabilità pel danno che potesse essere stato causato.

Digitized by Google

CAPUT LVII.

DE TIGNO INJUNCTO.

I. *Aedes duae eadem contignatione contextae si pluribus legentur, quisque legatarius habebit quatenus pars sua sibi legata duret, nec unus contra alium agere poterit, ut tigna non existant, sicuti testamenti, vel mortis tempore erant.* — II. *Tignum unum, vel una tigni contignatio si unam domum tegat, et postea inter plures dividatur, illud tignum sociorum cuilibet proprium est, quatenus tigni longitudo versus partem suam se extendit.* — III. *Tigna immissa debent immissa remanere, tempore quo domus pluribus vel inter vivos, vel in ultima voluntate assignatur, sicut prius ante assignationem vel divisionem extiterunt.* — IV. *Domos duas unica contignatione contextas si quispiam habeat, et unam vendat, aliam autem sibi reservet, an emptor, venditore invito, tigna aut coementa retinere poterit, quae in domo vendita requiescunt.* — V. *Molendinum in flumine publico si facere velim: an in ripam viae publicae tigna immittere potero.*

I. *Si duae aedes eadem contignatione contextae pluribus legentur, quisque legatarius habebit quatenus pars sua sibi legata durat, nec unus potest agere contra alium, ut tigna non sint uti tempore testamenti vel mortis erant* (1).

II. *Ex quo notandum est, quod si unum tignum vel una contignatio tigni tegit unam domum, et postea dividitur inter*

CAPO LVII.

DEL TRAVE IMPOSTO.

I. Se due case unite con una sola travata vengono legate a parecchi, ciascun legatario avrà dominio sulla parte a lui legata per quanto si estende, ned uno potrà agire contro l'altro perchè le travi esistano in modo diverso da quello in cui stavano al tempo del testamento o della morte del legante. — II. Se un solo trave od una sola travata copra una casa, la quale poscia sia tra molti divisa, quel trave è proprio di ciascun socio per quanto la sua lunghezza si estende sopra la sua parte. — III. Le travi immesse devono rimanere immesse anche dopo che la casa fu trasferita in dominio di più persone o per atto tra vivi o per ultima volontà, come esistevano prima del trasferimento o della divisione. — IV. Se taluno ha due case unite con una sola travata, ed una ne venda, l'altra si ritenga, il compratore potrà a mal grado del venditore appropriarsi le travi e le pietre che posano sulla casa venduta? — V. Se io volessi costruire un mulino nel fiume pubblico, potrò piantar travi sulla riva che costeggia la pubblica strada?

I. Se due case congiunte con una sola travata sono lasciate in legato a più persone, ciascun legatario potrà disporre della parte legatagli per quanto essa s'estende, ned uno potrà agire contro l'altro affinchè le travi abbiano a stare in modo diverso da quello in cui esistevano al tempo del testamento o della morte del legante.

II. Donde si ricava il notabile, che se un solo trave od una sola travata copre una stessa casa, e poscia questa venga tra più

Digitized by Google

tempore quo domus assignatur pluribus, vel inter vivos, vel in ultima voluntate, sicut erant prius ante assignationem vel divisionem (1).

IV. *Sed quid si habens duas domus unica contignatione contextas, unam vendit, aliam sibi reservat, an emptor poterit invito venditore retinere tigna aut coementa, quae requiescunt in domo vendita? Dic quod non, nisi forte contractus aliter se habeat* (2). *Unde sis cautus emptor, ut facias in instrumento emptionis apponi, vel tigna vel coementa remaneant, pro ut nunc sunt, pro servitute oneris ferendi,* ita dicit Angel. (3); *secus est, quando domus legaretur alteri, quia semper intelligitur legari cum servitute oneris ferendi: prout erat tempore testamenti:* per d. l. binas aedes; *et ita est in hoc differentia inter contractus et ultimas voluntates, secundum Bart., Ang. et Dd.* (4). *An autem et quando sit licitum tigna immittere in communi muro,* vide omnino Angel et Dd. (5).

V. *Sed quid si volo facere molendinum in flumine publ. an possim tigna immittere in ripam viae publ. Dicas quod non, nisi volente eo qui habet prope viam fundum* (6); *caetera, circa istam materiam* (7) et vide omnino quae dicam in seq. rubrica in princ.

(1) *Quibus adde quae dixi supra de claustro in 3. quaest.*

(2) *Ut l. quod conclave, de damn. infect.*

(3) *In d. l. binas aedes, de serv. urb. praed. et in d. l. quod conclave.*

(4) *In l. quod conclav.*

(5) *In l. inter quos, in princ. in pen. col. in fin. de damn. infect. et plenius per eundem in l. quidam Iberus, in fin. de serv. urb. et vide quae plenius dixi supra de servitut. tigni immit. in 4. quaestion. et adde omnino quae dixi supra de pariete sive muro, in pen. quaest. vers. occurrit mihi circa praed.*

(6) *Arg. l. maritus, de acquir. rer. dom. et pro hoc gloss. Instit. de rer. div. § riparum, et ita tenet Bar. in d. l. maritus, et in l. quo minus, in 7. q. de fluminibus, ubi plenius per eum in rub. eod. tit.*

(7) *Vide supra de serv. tigni immit. et supra de claustro seu conclavi et porticu; et supra de pariete sive muro et not. in tit. de tigni infun.*

immesse, anche allorquando la casa viene assegnata a più persone, o per atto tra vivi o per ultima volontà, siccome lo erano prima dell'assegnazione o divisione (*a*).

IV. Ma che sarà di diritto, se chi ha due case unite con una sola travata, una ne venda, l'altra si ritenga; il compratore potrà senza il consenso del venditore appropriarsi le travi e le pietre che posano sulla casa venduta? Rispondi che no, se per avventura il contratto non istatuisca altrimenti. E però il compratore usi la cautela di far inserire nell' istrumento di compera la clausola: *le travi o le pietre rimangano come ora stanno, in forza della servitù di sopportare il peso,* giusta ciò che dice Angelo. La cosa è diversa allorquando la casa vien legata ad un altro, perchè sempre s' intende essere legata colla servitù di portare il peso, come lo sosteneva al tempo del testamento, e questa è la differenza che in tale riguardo vi ha tra i contratti e le disposizioni d'ultima volontà, secondo Bartolo, Angelo ed i Dottori. Se poi, e quando sia lecito introdur travi nel muro comune, vedi totalmente in Angelo e ne' Dottori sopra i testi relativi (*b*).

V. Ma che sarà se io voglia costruire un mulino nel pubblico fiume? potrò piantar travi sulla riva che appartiene alla pubblica strada? Rispondi che no, se non lo consente colui che ha il fondo sopra la strada (*c*). Ciò che resta a dirsi circa questa materia, il troverai nelle anteriori servitù.

ANNOTAZIONI AL CAPO LVII.

(*a*) 1.° Se due case congiunte con una sola travatura sono lasciate in legato, una ad una e l' altra a diversa persona, quella travatura sarà alle due case comune?

Mi sembra di no, perchè spettando ognuna delle due case a diverso proprietario e non essendo perciò esse fra loro comuni, non può essere comune nemmeno la travatura ch' è pertinenza di ognuna di esse tanto pei §§ 294, 297 del Codice austriaco, quanto per gli art. 524, 525 del Codice Napoleone.

E se quella travatura non è comune, ne viene che ognuna delle due case ne avrà la sua porzione.

Cioè il proprietario di ognuna di quelle due case avrà anche la proprietà di quella porzione di travatura che nella o sulla sua casa si estende.

Digitized by Google

E se così è, e se come ho detto si tratta di un' unica travatura, cioè di travi che intiere si estendono sulle due case, il legatario di una di queste non potrebbe mutare la disposizione di quella intiera travatura che spetta in parte al legatario dell' altra casa senza assenso di questo, perchè facendolo toccherebbe l' altrui proprietà; locchè non gli è lecito da sè solo di fare.

2.° Lo stesso sembrami che debba dirsi anche quando una casa venga divisa dall'alto al basso fra due diversi proprietarii, sicchè la porzione a destra spetti ad uno e la porzione a sinistra spetti all' altro di essi.

Ognuno di essi colla proprietà della sua porzione di casa ha la proprietà eziandio della porzione di travatura che in essa o su essa si estende e che ne è pertinenza.

Nessuno di essi senza assenso dell' altro potrebbe mutare la disposizione di quelle intiere travi, delle quali una porzione è proprietà di uno, e l' altra porzione è proprietà dell' altro.

3.° Ma suppongo che una casa composta di pianterreno, di un primo, secondo e terzo piano, e naturalmente del tetto, pervenga in proprietà pel pian terreno e pel primo piano di una, pel secondo piano di un' altra e pel terzo, di terza persona.

Il tetto non ne è esclusivamente assegnato a nessuna.

Ognuna di quelle persone ha la proprietà esclusiva del suo piano e per conseguenza delle travi che ne sostengono il solajo e che ne sono pertinenza.

Ognuna di quelle persone potrà mutare da sè sola la disposizione delle proprie travi, purchè facendolo non tocchi la proprietà esclusivamente spettante alle altre, i muri delle altre, e non imponga nessun peso maggiore del precedente a quell'altrui proprietà, a quei muri altrui.

Il tetto poi non esclusivamente assegnato a nessuna di quelle persone mi sembrerebbe fra esse comune, anche per ciò che ho detto nell' annotazione *g* al Capo XLI.

Esso mi sembrerebbe poi un oggetto comune non divisorio.

In conseguenza se uno dei comproprietarii di esso volesse mutarne la disposizione della travatura, non potrebbe farlo se non dopo soddisfatte le condizioni dei §§ 828, 833, 834, 835 del Codice austriaco e dell' art. 1859 del Codice Napoleone.

(*b*) Se chi ha due case unite con una stessa e sola travatura una ne vendette e l' altra conservò, colla casa venduta vendette anche la porzione di travatura che trovasi in essa e che divenne così proprietà del compratore.

Data questa sua proprietà, può il compratore, quando il suo contratto non glielo permetta, levare, senz' assenso del venditore e proprietario dell' altra casa, la propria porzione di quella sola ed unica travatura, la porzione cioè che trovasi nella casa comprata?

Come ho detto nell' annotazione *e* al Capo XXXVIII per sola e stessa travatura intendo che le stesse travi che sostengono i piani e formano il tetto dell' una casa, sostengano i piani e formino il tetto dell' altra.

Mi pare che non possa farlo, perchè date quelle stesse travi, esse sostengono i piani ed il tetto di ambedue le case, dal che ne viene che la porzione di travi che spetta alla casa venduta concorre a sostenere il peso del tetto e dei piani della non venduta.

Quella porzione di travi è dunque aggravata della servitù *oneris ferendi*, nè come fondo serviente può essere levata senza assenso del proprietario dell' altra casa la quale è il fondo dominante.

Quindi, se questo proprietario, che si è riservato una delle due case e che ha venduto l' altra, e che, levate da questa ultima dal compratore le travi, sarebbe la persona veramente pregiudicata, avesse nel contratto di vendita stipulato che nella casa venduta le travi rimaner debbano come stanno in forza della servitù di sopportare il peso della casa che si è riservata, avrebbe fatto bensì stipulazione cauta, ma a parer mio non indispensabile, giacchè a carico delle travi della casa venduta, quella servitù effettivamente esiste.

Ed esiste in forza delle disposizioni dei Codici Napoleone ed austriaco che ho citate nella suddetta annotazione *e* al Capo XXXVIII.

Lo stesso dovrebbe dirsi anche quando per atto di ultima volontà due case fossero dallo stesso proprietario lasciate una ad una e l' altra ad altra persona.

Non troverei in questo caso veramente tra il contratto e la disposizione di ultima volontà la differenza che vi trova il nostro autore.

Digitized by Google

(c) Se voglio costruire un mulino su un' acqua pubblica, deggio averne concessione dal Governo a senso dell' art. 1.° del Decreto italiano 20 maggio 1806 n. 36.

La concessione per l' art. 2.° di quel Decreto determina il modo e le condizioni di quella costruzione.

Se mi permetterà di piantare all' uopo travi sulla sponda che spetta all' acqua pubblica od a pubblica strada potrò farlo.

Piantandole su sponda che spetta o all' acqua pubblica o a pubblica strada, cioè su sito pubblico, non avrò veramente bisogno dell' assenso di chi ha fondi presso la suddetta sponda, perchè non toccherò quei suoi fondi.

Ma se toccassi il fondo di un terzo contiguo alla sponda la quale spetta o all' acqua pubblica o a pubblica strada, ovvero se toccassi la sponda non dell' acqua o della strada pubblica, ma di quel terzo, allora non potrei farlo senza il suo assenso.

Qui ho distinto la sponda che spetta all' acqua pubblica, dalla sponda che spetta ad un privato.

Havvi in fatti l' una e l' altra.

Sponda che spetta all' acqua pubblica come sua pertinenza è la parte laterale dell' alveo di quell' acqua che cominciando dal lembo della superficie del suolo in cui l'alveo è incavato e discendendo in linea perpendicolare od inclinata sino al fondo di esso, contiene ristretta e sollevata di superficie a qualche altezza od alla più grande altezza comune l' acqua.

Sponda che può spettare ad un privato e non all' acqua pubblica come pertinenza di essa si è quella parte estrema della superficie orizzontale del suolo nel quale è incavato l'alveo, parte estrema immediatamente aderente alla parte laterale di esso alveo perpendicolarmente od in linea inclinata discendente sino al suo fondo.

Che questa sponda orizzontale possa essere proprietà di privati e non pertinenza dell' acqua pubblica, risulta dall' art. 650 del Codice Napoleone che l' aggrava della servitù legale dei marciapiedi a favore dell' acqua pubblica, servitù che sarebbe impossibile se quella sponda spettasse alla suddetta acqua, pel principio che *res sua nemine servit*, nonchè dai §§ 407-413 del Codice austriaco che parlano dei proprietarii privati delle rive.

Chi amasse di leggere di più su questa distinzione delle ripe, si compiaccia di esaminare il mio articolo sulle acque correnti pubbliche e private nelle provincie venete, nella Sezione II dell' *Eco dei Tribunali* e precisamente a pagine 375, 376 del 1852 e 275, 276 del 1853.

Digitized by Google

CAPUT LVIII.

DE ONERE FERENDO.

I. *Tigni immittendi inter servitutem et oneris ferendi quae differentia sit.* — II. *Verba, promitto ferre, vel sustinere onera domus tuae, quid importent.* — III. *Servitus oneris ferendi ad factum competit.* — IV. *Servitus oneris ferendi an personali actio esse dicatur.* — V. *Murus vicini si servitutem oneris ferendi debeat, si domus corruat, vel refectione indigeat: et ipse vicinus non vult reficere, sed ei cedere, et mihi relinquere, an possit.* — VI. *Murum oneris ferendi casu quo vicinus reficere teneatur, qualiter ista refectio fieri debeat.* — VII. *Murum communem si duo habeant, qui onera aedium communia sustineant, et eorum alter ipsum deponere velit, et melius fundare, ac graviora pondera superimponere an altero socio invito facere possit.* — VIII. *Molendinum commune si duo habeant, et unus molas meliores imponere velit, an etiam alter ad expensas teneatur.*

I. *Quae sit differentia inter servitutem tigni immittendi, et oneris ferendi, dubitari posset. Et dic quod est in significatione verborum seu ordine* (1).

II. *Haec verba, promitto ferre vel sustinere onera domus tuae: hoc important, ut dominus aedium servientium seu ipsae aedes aliquid faciant; habet enim se in ista oratione domus serviens per modum agentis: quia ista debet sustinere onera: et agit hunc actum sustinendi onera: sed in his verbis, quod liceat tibi immittere tigna, nihil importat, quod debeat facere domus serviens, sed conceditur facultas domino aedium dominantium* (2), *plenius declara-*

(1) *Ut probatur in l. eum debere columnam, de servitut. urban. praed. juncta l. sicuti, in princ. si serv. vend. quod sic declaro.*

(2) *Ut probatur in d. l. eum debere conjuncta d. l. sicuti, in princip. secundum Barthol. qui ita not. in d. l. sicuti, in princip. et adde quae scripsi supra de servit. oneris ferendi, vers. sed quaero, quis mihi debet servitutem.*

CAPO LVIII.

DEL PESO DA SOPPORTARSI.

I. Qual differenza sia tra la servitù d'immettere la trave e quella di portare il peso? — II. Che cosa importino le parole: *prometto di portare o sostenere i pesi della tua casa.* — III. La servitù di portare il peso si riferisce ad un fatto. — IV. Se la servitù di portare il peso si dica essere un'azione personale. — V. Se il muro del vicino debba la servitù di sostenere il peso, e la casa crolli od abbisogni di riparazione, e se lo stesso vicino si rifiuti di ristaurarla, ma piuttosto voglia rinunziare al dominio e lasciarla a me, lo potrà fare? — VI. Nel caso in cui il vicino debba ristaurare il muro che sopporta il peso, in qual modo deve esser fatto il ristauramento? — Qualora due persone posseggano un muro comune che sostiene i comuni pesi delle case, ed una di esse voglia disfarlo per meglio fondarlo ed imporgli maggiori pesi, lo potrà fare contro voglia dell'altro socio? — VIII. Se due persone hanno un mulino comune, ed una di esse voglia porvi migliori mole, l'altra sarà forse anch'essa tenuta alle spese?

I. Si può dubitare circa la qualità della differenza esistente tra la servitù d'introdurre la trave e quella di sostenere il peso. E di' ch'essa sta nel significato o nell'ordine delle parole.

II. Queste parole: *prometto di portare o sostenere i pesi della tua casa*, vogliono dire, che il padrone delle case serventi o le case stesse facciano qualche cosa. Imperocchè la casa che serve in questa promessa si considera come agente, dacchè deve sostenere i pesi, ed opera l'atto di sopportare i pesi; mentre in queste parole: *che ti sia permesso d'immettere travi*, nulla importa che la casa servente abbia a far qualche cosa, essendo concessa tale facoltà al padrone

Digitized by Google

vi quomodo cognoscatur servitus oneris ferendi, et servitus tigni immittendi, et quomodo una cognoscatur ab alia.

III. *Et ex his nota, quod licet aliae servitutes regulariter non competant ad factum, sed ad patientiam tantum* (1): *tamen aliud est in ista servitute oneris ferendi: quia competit etiam ad factum* (2).

IV. *Ex quo not. aliud; quod licet eo casu quo alicui incumbit onus ferendi non dicatur servitus, sed potius obligatio personalis* (3), *tamen hoc fallit in servitute oneris ferendi* (4). *De hac servitute oneris ferendi, non videtur fieri mentio, nisi in praedio urb.* (5). *Sed tu dic, quod potest esse in praedio rustico* (6).

V. *Circa istam servitutem oneris ferendi, pone murus vicini debet servitutem oneris ferendi et sustinendi onera domus, si corruit, vel refectione indiget, vicinus tenetur onera reficere, non ego* (7). *Quid si vicinus non vult reficere, sed ei cedere et mihi relinquere, an possit? Et dicas quod sic: quia ista est obligatio in rem, non in personam* (8).

VI. *Quaero etiam, casu quo vicinus tenetur reficere murum oneris ferendi, qualiter debeat fieri ista refectio?* vide text. et quod ibi not. in d. l. et si forte, § modus; *et adde, quod parietem proprium qui meliorem, quam in servitute impositus est, facere potest, non deteriorem: quia tunc tenetur actione confessoria, vel prohiberi potest, de nov. ope. nun.* per d. l. et si forte, § fin. cum sequent. *ubi etiam ponitur quis sit eventus harum actionum.*

VII. *Item quaero, duo habent murum communem, qui sustinet onera communia, puta aedium suarum: alter eorum vult eum deponere, et melius fundare, vel alio modo ipsum fortiorem facere, forte ut*

delle case dominanti; locchè è provato da' testi, e fu da me più ampiamente dimostrato prima nelle servitù di portare il peso e d' immettere la trave (*a*).

III. E da ciò ricava il notabile, che sebbene tali servitù di regola non dimandino il fatto, ma la sola pazienza, nondimeno è altrimenti in questa servitù di sostenere il peso, perchè richiede eziandio un fatto (*b*).

IV. Dal che deriva un altro notabile, che sebbene nel caso in cui incomba a taluno un peso da sostenere, ciò non si dica essere servitù, ma piuttosto un'obbligazione personale, tuttavolta questo non ha luogo nella servitù di sopportare il peso. Intorno a sì fatta servitù di sostenere il peso non sembra che i testi faccian menzione, fuorchè rispetto al fondo urbano, ma tu di' ch' essa può aver luogo anche nel fondo rustico (*c*).

V. E circa la stessa servitù poni quest'esempio: Il muro del vicino deve la servitù di sostenere il peso od i pesi della mia casa. Se questa crolla, od abbisogna di riparazione, il vicino sarà tenuto a ristaurarla, non già io. Che sarà però se il vicino non voglia ristaurare, ma abbandonare il dominio del muro e lasciarlo a me; lo potrà fare? Rispondi che sì, perchè questa è un'obbligazione reale, non già personale (*d*).

VI. Dimando eziandio nel caso in cui il vicino sia tenuto a ristaurare il muro che deve sostenere il peso, in qual modo debba esser fatto il ristauramento? Vedi il testo della legge *et si forte* § *domus ff. si serv. vind.* e ciò ch' ivi è notato; ed aggiungi, che ciascuno può migliorare il proprio muro sul quale è imposta la servitù, non già deteriorarlo, perchè allora è tenuto coll'azione confessoria, o gli può esser fatta proibizione mediante la denunzia del nuovo lavoro, in virtù della detta legge *et si forte* § *fin. cum. seq.* ove eziandio trovasi esposto qual sia l'effetto di tali azioni (*e*).

VII. Parimenti io chieggo: Due persone posseggono un muro comune che sostiene i comuni pesi, verbigrazia, delle loro case; uno di essi vuole distruggerlo e fondarlo in modo migliore o in altra guisa farlo più

Digitized by Google

possit ibi arcum suum voltae lapideae fundare, vel forte graviora pondera superimponere quam consuevit, quae secundum sui primam formam superimponi tunc non possent: quaeritur an possit invito altero socio, et dicas quod non (1), *nisi paries esset ad istum usum destinatus, vel nisi hoc esset actum, vel nisi indigeat tali refectione: et ex his modis potest intelligi*; l. si communes aedes, communi divi.; *et ibi hoc not. et habetur per Bart.* (2) et per Cyn. et Dd. (3). Et per d. l. parietem, *secundum Bald. et Dd. ibi fuit determinata ista quaestio.*

VIII. *Quod si unus ex habentibus commune molendinum vult imponere molas meliores, et alter sociorum non vult teneri ad illas expensas, quod non teneatur, quia melior est conditio prohibentis* (4). *Nec obstat* l. cum duobus, § idem respondit, socius qui cessantis, pro socio, *per quam quidam dicebant contrarium: quia ibi res erat aliter peritura, non facta ibi expensa: hîc secus; et eodem modo debet responderi* ad l. si ut proponis. C. de aedific. privat. *An autem actio quae competit pro illa servitute oneris ferendi, si aedes plurimum dominorum sint, competat insolidum? Dicas quod sic* (5). *Item in hac actione veniunt fructus, id est, commodum, quod haberet, si onera aedium ejus vicinus sustineret* (6). *Caetera circa istam materiam vide* supra, de serv. oneris ferendi.

(1) *Text. est et ibi hoc not. Dd. in parietem, de servit. urban. praed.*
(2) *In l. in parietis communis, et in l. damni, § cum parietem, de damn. infect.*

forte, onde per avventura sovr'esso piantar l'arco della sua volta di pietra, od imporgli maggiori pesi che prima non solea sostenere, i quali, stando esso nella sua forma primiera, non poteano addossarglisi; si dimanda se lo possa fare contro la volontà dell'altro socio? Rispondi che non lo può, se il muro non è destinato a tal uso, o se ciò non fu convenuto, o se non abbisogni di sì fatto riparo; ed in questo modo si può intender la legge *si communes aedes ff. commun divid.* (*f*), e ciò è altresì notato da Bartolo, da Cino e dai Dottori. E mediante la legge *parietem ff. de serv. urb. praed.* secondo Baldo ed i Dottori fu già decisa la seguente questione.

VIII. Che se uno dei socii che hanno un mulino comune vuol porre in esso mole migliori, ed un altro non voglia partecipare alle spese, questi non è ad esse tenuto, perchè la condizione di chi proibisce è migliore. Ned osta a ciò la legge *cum duobus § idem respondit ff. pro socio,* per la quale alcuni sostenevano il contrario, perchè in quel caso la cosa stava per perire se non si fosse fatta la spesa, mentre in questo non vi è tale necessità; e nello stesso modo si può rispondere alla legge *si ut proponi Cod. de aedif. priv.* (*g*). L'azione poi che compete per la servitù di sostenere il peso, qualora le case sieno di più padroni, spetterà forse in solido? Rispondi che sì. Così pure in tale azione si comprendono i frutti, cioè il vantaggio che si avrebbe, se il vicino sostenesse i pesi delle case (*h*). Ciò che resta a dirsi circa questa servitù, vedilo sopra in quella di sopportare il peso.

(3) *In l. si ut proponas, C. de aedific. privat.*
(4) *L. Sabinus communi divid.*
(5) *Ut d. l. et si forte, § plurimum, ubi vide.*
(6) *Ut text. est in d. l. et si forte, § pen.*

ANNOTAZIONI AL CAPO LVIII.

(*a*) Intorno alla differenza tra la servitù d'immettere la trave e quella di sopportare il peso veggasi l'annotazione *h* al Capo XXXVII.

(*b*) Sul tollerare o sul fare, nella servitù di sopportare il peso, mi riferisco a ciò che ho detto nelle annotazioni *a* n. 1 al Capo VIII e *d* al suddetto Capo XXXVII.

(*c*) La servitù *oneris ferendi* è urbana o rustica come ho osservato nell'annotazione *b* a questo ultimo Capo.

Digitized by Google

Lo dicono espressamente il § 483 del Codice austriaco e gli art. 697, 698 del Codice Napoleone.

Ora se in regola il mio vicino non ha l'obbligo nemmeno di ristaurare il suo muro che sopporta il peso della mia casa, come mai potrà essere obbligato a rifabbricarla se crollata, ed a ristaurarla se abbisognante di riparazioni?

Ammetto anche che sia crollata o che abbisogni di riparazioni perchè non fu conservato in buono stato il muro del vicino obbligato a sostenerne il peso.

Anche in questo caso, siccome l'obbligo di mantenerne in buono stato quel muro è in regola mio e non del vicino, io solo dovrò rifabbricare o ristaurare la mia casa crollata o deperita per mia sola mancanza.

2.° Se poi in via di eccezione il vicino proprietario del muro serviente avesse o per titolo come prescrive l'art. 699 del Codice Napoleone e come può essere anche secondo la legge austriaca, o per possesso, l'obbligo di conservare a sue spese in buono stato quel muro che sopporta il peso della mia casa, allora distinguerei.

O la mia casa è crollata ovvero abbisogna di riparazioni perchè il vicino ha trascurato il proprio obbligo di conservare in buono stato il suo muro aggravato dalla servitù di sopportarne il peso, ed allora egli ha colpa nel disordine ed essendo in colpa, accordo che sia tenuto a risarcire il danno che mi ha arrecato col ricostruirmela o ristaurarmela.

O il disordine invece nacque nella mia casa senza sua colpa, ed allora come obbligarlo a riparare un danno che da lui non dipendette?

3.° Può avvenire poi il caso preveduto dai §§ 483, 487 del Codice austriaco e non escluso dal Codice Napoleone, che il muro del vicino obbligato a sopportare il peso della mia casa serva al suo ed al mio uso.

Allora, come ho detto anche al n. 2 dell'annotazione *c* al Capo XXIII, in regola le spese per la conservazione e per la riparazione di quel muro vanno a carico suo e mio in proporzione del nostro uso.

In questo caso, se la mia casa è crollata od abbisogna di riparazioni perchè fu trascurato di mantenere in buono stato il muro che dee sopportarne il peso, quegli ch'ebbe colpa nella trascuranza, che fu origine del disordine, dovrà riparare al danno rifabbricandola o ristaurandola. E se in ciò avessimo avuto colpa io ed il vicino insieme, ne saremmo ambedue tenuti.

Ma se senza nessuna colpa del vicino la mia casa fosse crollata o si fosse deteriorata, parmi che egli come proprietario del fondo serviente non potrebb'essere obbligato a riparare un danno avvenuto senza sua colpa.

Il § 487 del Codice austriaco dice che il proprietario del fondo serviente non è obbligato (in regola) a far sostegni al fondo dominante ne a ristaurare il cammino altrui, altro fondo dominante, che immette il fumo nel suo.

Per la stessa ragione, il vicino proprietario del muro serviente non può essere tenuto a rifabbricare o a ristaurare la mia casa dominante crollata e deteriorata senza veruna sua colpa.

4.° Per quello che riguarda finalmente l'abbandono che il vicino proprietario del muro serviente volesse di esso fare a me proprietario della casa dominante, rimetto i miei lettori al § 483 del Codice austriaco, ed all'art. 699 del Codice Napoleone non che a ciò che ho detto al n. 4 dell'annotazione *c* al Capo XXIII.

(*e*) Chi è obbligato a ristaurare un muro che sostener dee il peso della casa altrui

Digitized by Google

Il muro come sta non è destinato a sostenere quel peso maggiore, tanto è vero che perchè possa servire a quella destinazione si vuole distruggerlo, ricostruirlo, rafforzarlo.

Per l'uso che ha prestato finora e che presta non abbisogna di quei nuovi lavori, tanto è vero ch'essi si vogliono intraprendere per ridurlo adatto a nuovo, diverso e più grave uso.

Questi nuovi lavori che il suddetto comproprietario vorrebbe eseguire, hanno, come ho detto, per iscopo il suo esclusivo vantaggio, giacchè servir deggiono a rendere il muro comune atto a sopportare un peso maggiore non sopportato prima, p. e. quello della sua casa accresciuta di un piano, ch' egli vorrebbe imporgli.

Può egli, invito l' altro comproprietario, eseguir quei lavori?

Mi sembra di no.

Di che veramente trattasi nel caso concreto?

Trattasi che il muro comune ai due comproprietarii, ha la servitù passiva di sopportare il peso di una proprietà esclusiva dell' uno e di quella dell' altro, p. e., il peso della casa dell' uno e di quella dell' altro.

Trattasi che il proprietario esclusivo di una di quelle case, godente la servitù attiva di far sopportare il peso di essa al muro comune del quale è comproprietario, vuol rendere più onerosa quella servitù al muro serviente, facendogli sopportare un peso maggiore di quello che finora ha sopportato, il peso della casa dominante innalzata di un piano.

Ma quando non vi sia convenzione coll' altro comproprietario del muro comune che glielo permetta, o quando non sia provato essere stato destinato prima quel muro a tollerare il maggior peso, il proprietario della suddetta casa non può imporvelo, sia per l' art. 702 del Codice Napoleone pel quale chi ha il diritto di servitù (in questo caso il proprietario della casa) non può usarne se non secondo il suo titolo (o possesso) e non può nè nel fondo serviente (il muro comune), nè nel dominante (la casa), innovare alcuna cosa che renda più onerosa la condizione del primo fondo, sia pel § 484 del Codice austriaco pel quale il possessore del fondo dominante può bensì esercitare a suo grado, sempre però, secondo il proprio titolo o possesso, il proprio diritto, ma le servitù non si deggiono estendere, anzi restringere, per quanto il comporta l' indole di esse ed il fine pel quale furono costituite, locchè vuol dire che non deggiono essere rese più gravose pel fondo serviente.

In questo caso dunque, invito l' altro comproprietario del muro comune, il proprietario della casa, ch' è anche comproprietario di esso, non ha diritto d' imporgli il maggior peso.

Non ha così diritto al fine, e per conseguenza non ha diritto nemmeno ai mezzi per ottenerlo...

E siccome, nel caso concreto, mezzi per ottenerlo sono quelli di demolire il muro comune, di rifabbricarlo in modo migliore, ovvero di renderlo in altra guisa più robusto, così il proprietario della casa non ha diritto nemmeno a quei mezzi, contro la volontà dell' altro comproprietario del suddetto muro.

Non troverei poi nè nel Codice Napoleone nè nell' austriaco disposizioni che ostassero a questa mia conchiusione.

Se il muro comune non fosse divisorio, la troverei invece appoggiata anche all' articolo 1859 del primo ed ai §§ 828, 833, 834, 835 del secondo di quei Codici.

Se quel muro fosse invece divisorio non troverei che ostassero ad essa i §§ 855, 856 del Codice austriaco.

Non il primo, giacchè per quanta latitudine si voglia dare alle espressioni di esso, non si giungerà a mio credere mai a conchiudere da esse, che il comproprietario di quel muro comune possa di sua sola autorità demolirlo, rifabbricarlo in miglior modo, ovvero renderlo in altra guisa più robusto onde imporgli un peso maggiore di quello che prima poteva sostenere e sosteneva.

Non il secondo, giacchè in esso si parla di conservare, cioè di mantenere nello stato primiero, il muro comune divisorio, e qui si tratta di ridurlo, mediante lavori, a stato migliore e diverso.

Non troverei nemmeno che ostassero alla mia conchiusione le prescrizioni del Codice Napoleone sulle servitù legali di quel muro comune. Infatti.

L' art. 655 cui si riferisce l' art. 656 di quel Codice stabilisce, che le riparazioni e

Digitized by Google

ricostruzioni del suddetto muro sono a carico di tutti quelli che vi hanno diritto, ed in proporzione del diritto di ognuno.

Cioè a mio credere, un comproprietario può astringere l'altro comproprietario di quel muro comune, a concorrere alle riparazioni e ricostruzioni di esso, che sono necessarie onde conservarlo o ridurlo di nuovo atto a servire all'uso cui prima serviva e non a nuovo, diverso, più grave uso.

Cioè, nel caso del quale mi occupo, un comproprietario del muro comune divisorio che sostiene il peso, p. e., della casa di esso e di quella dell'altro comproprietario, può astringer questo a concorrere a riparare o ricostruire quel muro in modo che sia o divenga di bel nuovo atto a sopportare il peso delle due case com'era solito a sopportarlo e come prima lo sopportava, ma non già a sostenere un peso novello, diverso, maggiore che a proprio esclusivo vantaggio vuole imporgli quel primo comproprietario quale sarebbe quello della di lui casa aumentata di un piano.

In ogni caso poi il diritto di un comproprietario di quel muro comune di astringere l'altro comproprietario a concorrere a ripararlo o ricostruirlo perchè sia atto a sostenere il peso ch'era solito a sopportare e che prima sopportava, è ben diverso dall'altro diritto che attribuirsi vorrebbe quel primo comproprietario di demolirlo, rifabbricarlo in modo migliore, ovvero in altra guisa renderlo più robusto, onde sia atto a sostenere un peso maggiore di quello che prima poteva sopportare e che sopportava.

Le prescrizioni dunque dei suddetti due articoli non ostano alla mia conchiusione.

Gli art. 657 sino al 662 inclusivo, accordano ad ogni comproprietario di un muro divisorio comune il diritto d'imporvi alle condizioni ivi stabilite le servitù legali di fabbricarvi contro, d'immettervi travi e travicelli, d'innalzarlo di più, di farvi incavi e di applicarvi od appoggiarvi nuove opere.

Ma nel caso del quale mi occupo, non si tratta già d'imporre a quel muro una qualunque servitù legale, o di altra specie.

La servitù che lo aggrava è già imposta poichè esso sostiene già il peso, p. e., delle due case spettanti una ad uno e l'altra all'altro comproprietario di esso.

Si tratta invece di rendergli più onerosa quella già imposta ed esistente servitù *oneris ferendi*, coll'imporgli un peso maggiore p. e. quello di un altro piano della casa di uno di que' comproprietarii.

Il caso contemplato dai suddetti articoli è dunque del tutto diverso da quello che ora mi occupa.

Nel primo di quei casi si tratta di servitù da imporsi.

Nel secondo di servitù già imposta e da rendersi più gravosa al muro divisorio comune.

Quegli articoli non mi sembrano applicabili al secondo caso regolato dall'art. 702 del Codice Napoleone. Dunque nemmeno essi ostano alla mia conchiusione.

Finalmente l'art. 663 prescrive che ognuno può astringere il proprio vicino a concorrere nelle spese di costruzioni e di riparazioni dei muri che dividono le loro case, corti e giardini situate nelle città e nei sobborghi e stabilisce perfino la loro altezza.

Si vede chiaramente portar quell'articolo, applicabile nelle sole città e nei sobborghi, una misura di polizia e di sicurezza, sebbene abbandonata ai privati, misura tendente a far che in quei luoghi abitati, ognuno essendo chiuso da muri, sia in casa propria sicuro.

Ora nulla havvi di comune fra la riparazione e la ricostruzione dei muri dei quali parla quell'articolo, ed il demolire, ricostruire in modo migliore, o rendere in altra guisa più robusto un muro comune divisorio sopportante il peso, p. e., di due case spettanti una ad ognuno de' due comproprietarii di esso, per lo scopo che a vantaggio esclusivo di uno di loro quel muro possa sopportare un peso maggiore che prima non era atto a sostenere e non sosteneva.

Anche l'art. 663 non osta dunque alla mia conchiusione.

(*g*) La quistione, se un comproprietario dell'edifizio di un mulino comune volendovi mettere macine migliori, e trovando opposizione negli altri comproprietarii, possa obbligarli o no a concorrere alla relativa spesa, parmi che dovrebb'essere decisa secondo i §§ 828, 833, 834, 835 del Codice austriaco e secondo l'art. 1859 del Codice Napoleone.

Digitized by Google

(*h*) Io ed altra persona siamo comproprietarii di un muro comune.

Ma al tempo stesso io e quella persona siamo anche proprietarii esclusivi ognuno di una casa il peso delle quali è sopportato da quel muro, per ragione di servitù.

Secondo il mio limitato intendimento sarebbe una vera bizzarria che io comproprietario del muro fossi in quistione per quella servitù *oneris ferendi* con me stesso proprietario della sovrapposta casa o viceversa; ovvero che l' altra persona comproprietaria di quel muro fosse in quistione con sè stessa proprietaria dell' altra casa o viceversa.

Mi sembra che quistione esservi non possa se non fra me comproprietario del muro ed il proprietario dell' altra casa, ovvero fra me proprietario di una di quelle case e l' altro comproprietario del muro, ovvero fra noi due o come comproprietarii del muro, o come proprietarii ognuno di una casa.

Allora se uno di noi due avrà per quella servitù azione da far valere, la farà valere contro l' altro, ma giammai, lo ripeto, eziandio contro sè stesso.

Non vedrei indivisibilità, insolidarietà di servitù che potesse portar l' effetto che qualunque di noi due dovesse o potesse avere od esercitare azione contro sè stesso.

E tanto meno la vedrei in quanto che nel caso proposto dal nostro autore di due proprietarii ognuno di una casa il peso delle quali dee essere sopportato da un solo muro, hannovi due fondi dominanti le due case, due diversi proprietarii di esse ch' esercitano ognuno pel proprio fondo una separata servitù, sebbene a carico di un solo fondo serviente, il muro; quindi, come ho osservato al n. II. 2.° dell' annotazione *a* al Capo XXIV, vi hanno veramente non una ma due servitù.

All' azione principale poi per la suddetta, o a dir meglio per le suddette servitù, può essere congiunta l' azione accessoria dei frutti che io chiamerei piuttosto d' indennizzazione o di soddisfacimento adottando il linguaggio del Codice austriaco.

Digitized by Google

CAPUT LIX.

DE REFECTIONE.

I. *Reficere quid propria sit.* — II. *Rem propriam an quis reficere teneatur.* — III. *Conversantibus per viam publicam ubi est domus ruinosa, per quod remedium succurratur.* — IV. *Domus diruta, si deformitatem in civitate pariat, quod remedium contra dominum intentandum est.* — V. *Domus vel res quando aliena fuerit, an et quomodo et per quem reficì debeat.* — VI. *Idoneitas intelligitur, quando in extremo non peccat; quoniam nullum extremum laudabile est.* — VII. *Actio quae competat socio reficere volenti in casu permisso contra alium socium prohibentem.* — VIII. *Sociorum unus si suo sumptu aedificium commune jure societatis seu communionis reficiat ad usum, ad quem paratum, seu destinatum erat, verbi causa domum ruinosam, aut molendinum in flumine, aut parietem communem, an contra illum qui recusavit, agere poterit.* — IX. *Dominium partis alicujus rei, quae refectione indiget, an in reficientem ipso jure transeat, vel requiratur sententia et nunquid transeat etiam possessio.* — X. *Socius alicujus rei, qui rem reficit, an suo vel communi nomine refecisse dicatur.* — XI. *Parietem communem si unus ex sociis reficere velit, alter vero timeat, ne ex ea refectione sibi damnum immineat, qualiter sibi succurratur.* — XII. *Parietis refectio oneris ferendi servitutem debentis, ad quem spectat.* — XIII. *Si quidam nobiles promiserit comitatensi ei cuidam reficere pontem: qui pons tunc parvus erat, postea in tantum aqua crevit, quod pontem crescere necesse fuit, qualiter iste nobilis teneatur.* — XIV. *Paries alienus si per medium pedem in alterius domum inclinaverit, an contra eum agi possit, ut ipsum erigat et reficiat.* — XV. *Rem usufructuariam reficiendi onus, ad quem spectat.* — XVI. *Rei usufructuariae refectio ad quem spectat.* — XVII. *Fundus si locatus est, vel etiam domus, refectionis impensa ad quem spectat.* — XVIII. *Emphyteuta, libellarius, seu feudatarius, an fundum, vel quid aliud reficere teneatur: ubi etiam quid de re dotalib. num. 19.* — XX. *Fructus vel reditus alicujus fundi, vel domus si legetur, refectio ipsa ad quem spectabit.* — XXI. *Ecclesia et clerici an*

CAPO LIX.

DEL RISTAURAMENTO.

I. Che sia veramente il ristaurare. — II. Se alcuno sia tenuto a ristaurare la cosa propria. — III. Con quale rimedio si soccorrano quelli che passano spesso nella pubblica strada dov'è sita una casa crollante. — IV. Se una casa distrutta faccia disonore e sconcezza alla città, quale rimedio si deve intentare contro il suo padrone? — V. In qual modo e da chi una casa o magione che sia stata d'altri, deve essere ristaurata. — VI. L'idoneità s'intende nel senso di non peccare in un estremo, perocchè nessun estremo è lodevole. — VII. Quale azione competa al socio, che vuole ristaurare in un caso permesso contro l'altro socio che nol vuole. — VIII. Se uno dei socii a sue spese ristaura l'edificio, ch'è comune per diritto di società o di comunione, volgendolo a quell'uso al quale era prima preparato o destinato, esempigrazia, una casa ruinosa, un mulino nel fiume, od un muro comune, potrà poi agire contro quello che si rifiutò di partecipare alla spesa? — IX. Se il dominio di qualche parte di una cosa che abbisogna di riparazione, passi giuridicamente nel ristaurante, o si richiegga una sentenza, e se trapassi anche il possesso. — X. Il comproprietario di qualche cosa, che questa ristaura, si dice forse che ristaura in suo nome od in nome comune? — XI. Se uno fra i socii voglia ristaurare il muro comune, ed un altro poi tema che da quella ristaurazione gli provenga danno, in qual modo si verrà in soccorso di esso? — XII. A chi spetti il ristauramento del muro obbligato alla servitù di sopportare il peso. — XIII. Se qualche nobile promise a certuno del contado di ristaurare un ponte, il quale al tempo della promessa era piccolo; ma poscia l'acqua crebbe in guisa che fu necessario ampliarlo, in qual modo questo nobile sarà obbligato? — XIV. Se il muro altrui si sarà inclinato sopra l'altrui casa per mezzo piede, si potrà forse agire contro il suo padrone, affinchè lo rifabbrichi o ristauri? — XV. A chi spetti il peso di ristaurare la casa usufruttuaria. — XVI. A chi spetti il ristauramento della cosa usuaria. — XVII. A chi spetti la spesa della ristaurazione di un fondo che è locato, od anco di una casa? — XVIII. e XIX. Se l'enfiteuta, il livellario od il feudatario sia obbligato a ristaurare il fondo o qualche cosa altro; dove si trova eziandio alcunchè sulla cosa dotale. — XX. A chi competerà il ristauramento di un fondo, i di cui frutti o le rendite sieno state legate ad alcuno? — XXI. Se la chiesa e gli ecclesiastici

Digitized by Google

teneantur ad reparationem murorum, seu refectionem fortiliciorum civitatis, et pontium, et viarum, et portarum, et aquaeductuum. — XXII. *Ecclesiam parochialem an laici parochiani teneantur reficere, an vero clerici.* — XXIII. *Ecclesiae aedificatione si jus patronatus acquiratur: an etiam ex refectione, vel reparatione quaeratur.* — XXIV. *Tutor an pupilli aedificia collapsa, et deformata reficere poterit.* — XXV. *Refectio rei servitutem debentis ad quem spectat.* — XXVI. *Opus novum an nunciari possit aedificium vel cloacam reficienti.* — XXVII. *Domus an pia causa dicatur.*

sieno tenuti alla riparazione dei muri, od al ristauramento dei fortilizi della città, dei ponti, delle strade, dei porti e degli acquidotti. — XXII. Se i parrocchiani laici, oppure gli ecclesiastici, sieno obbligati alla ristaurazione della chiesa parrocchiale. — XXIII. Se per la fabbrica di una chiesa si acquista il giuspatronato, lo si acquisterà eziandio pel suo ristauramento o riparazione? — XXIV. Se il tutore possa ristaurare gli edifici del pupillo che sieno crollati a deformati. — XXV. A chi spetti la ristaurazione di una cosa obbligata a servitù. — XXVI. Se si possa far denunzia del nuovo lavoro a chi ristaura un edificio od una cloaca. — XXVII. Se si dica essere causa pia il ristauramento d'una casa.

Quia in materia servitutum pluris occurrit de refectione, et maxime in servitute oneris ferendi, ideo de eo aliqua utilia videamus.

Siccome nella materia delle servitù, e specialmente in quella di sostenere il peso, spesse volte bisogna discorrere del ristauramento, così opportuno si mostra che intorno ad esso alcune utili cose esponiamo.

I. *Et primo, quid sit reficere. Dic, reficere est rem ad pristinum statum reducere: hoc est, nequis dilatet aut producat, aut exaggeret* (1).

I. E primamente vediamo che cosa sia ristaurare? Rispondi che ristaurare è restituire una cosa nel suo pristino stato, cioè, non ampliandola, nè allungandola, nè esagerandola (*a*).

II. *Secundo nunquid aliquis compellatur rem propriam reficere: dic, aut quaeritur de domo seu re sua, aut aliena, aut de communi. Primo casu aut domus est destructa prorsus usque ad aream: et tunc non compellitur eam reficere, quia de novo quis non compellitur ad reaedificandum* (2), *ista enim videtur esse nova constructio, non refectio* (3). *Fallit in curialibus* (4), *fallit secundo, quando per statutum vel conventionem id esset cautum. Fallit tertio, quando esset imposita servitus oneris ferendi in domo destructa: quia tunc cogeretur eam reaedificare dominus suis sumptibus ad hoc, ut possit onera sustinere* (5). *Aut domus non est in totum destructa, quia non est diruta usque ad aream: et tunc sive sit unius, sive plurium, debet refici. Et potest dominus cogi per procuratorem seu administratorem* (*) *reipubl. ut reficiat., et in quantum non sit potens, sumptu publico refici debet* (6).

II. In secondo luogo, sarà forse costretto taluno a ristaurare la cosa propria? Rispondi: o si tratta della casa o cosa sua, o della cosa altrui, o della comune. Nel primo caso, o la casa è distrutta totalmente fino al suolo, ed allora non può esser forzato a ristaurarla, perchè nessuno può esser costretto a fabbricare di nuovo, ed invero questa sembra essere una nuova costruzione, non già un ristauramento. Però vi ha eccezione primamente per le cose della curia; secondo, qualora lo statuto od il patto ciò prescrivesse; terzo, quando fosse imposta alla casa distrutta la servitù di sopportare il peso, perchè allora il padrone sarebbe costretto a rifabbricarla a sue spese per lo scopo che sostenga i pesi. Oppure la casa non è del tutto distrutta, perchè non è crollata sino al suolo, ed allora dev'essere ristaurata, sia che appartenga ad un solo od a più persone. Ed il padrone può esser forzato a ristaurarla dal procuratore od amministratore (*) della repubblica, ed in quanto ei non lo possa, dev'essere ristaurata a spese pubbliche.

III. *Ex quo not. quod licet conversan-*

III. Dal che deriva il notabile, che sebbene

Digitized by Google

non timetur damnum in rem, sed in personas (1), *tamen subvenitur alio remedio: quia possunt judicis officium implorare, ut aut rem in totum deponant, aut reficiant, ut transeutibus damnum dari non possit, et ita sentit gloss.* (2), *Angel. et ita alias, dum essem judex procuratoris communis Veronae, coegi quendam ad reficiendum domum suam ruinosam, quae transeuntibus minabatur ruinam.*

IV. *Item ex hoc not. aliud, quod quando domus est diruta, et deformitas perducitur in civitatem, si dominus ad refectionem est potens, potest compelli ut reficiat, et hoc spectat ad officium curatoris, et in quantum illa non sit potens, dictus curator sumptu publico illam reficiat: seu reficere poterit, et nisi intra tempus a judice assignatum reficiatur, cum usuris eam respub. detrahere poterit pro jure dicti sumptus et usurarum* (3). *Potest etiam dominus, si non habet unde reficiat, cogi ad vendendum alteri, qui sit potens ad reficiendum, et si eam justo pretio vendere non posset, non cogitur ad vendendum, sed licite poterit a repub. petere tantum, quantum sufficiat ad reparationem domus; dictum et singulare aureum Spec.* (4) *quod dictum Spec. sequitur Ludo. Ro.* (5).

V. *Secundo casu principali, quando res vel domus est aliena in totum, an cogatur reficere? Et regulariter dicas, quod non. Fallit quando de hoc esset facta promissio. Fallit secundo*, in casu not. l. sicuti si serv. vend. in princ.; *de quo dixi supra* de servitute oneris ferendi (6). *Tertio casu principali, quando domus seu res est communis plurium dominorum; et tunc subdistingue. Aut nullus vult aedificare aut reficere, et nullus compellitur, nisi quando timetur damnum transeuntibus, vel quando inducit deformitatem civitati: quia sicut unus dominus cogi potest, ita et plures* (7).

(1) *Ut l. qui hinc et l. qui [illegible] de damn*

vento, ove trovasi una casa crollante, perchè in tale caso non si teme un danno nella casa, ma nelle persone; tuttavia lor si soccorre con un altro rimedio; avvengachè possano implorare l'ufficio del giudice, onde, o la casa sia del tutto distrutta, o sia ristaurata in guisa che a' passanti non possa recar danno; e questo è sentimento della glossa, e così Angelo ritiene, e così pure altre volte, essendo io giudice del procuratore del Comune di Verona, costrinsi taluno a ristaurare la sua casa rovinosa, che minacciava grave male a' viandanti.

IV. Così pure da ciò proviene un altro notabile, ed è, che quando la casa è diroccata e ne deriva sconcezza alla città, se il padrone di essa è benestante, si può costringerlo a restaurarla, e questo ufficio compete al procuratore; ma quando non abbia mezzi da tanto, la ristaurerà il detto procuratore a pubbliche spese, o la potrà far ristaurare, e se fra un tempo prefisso dal giudice non saranno risarcite le spese e gl' interessi, il Comune potrà detrarle dalla stessa casa. Può eziandio il padrone, se non ha mezzi da restaurarla, essere costretto a venderla ad altri, il quale abbia potenza di farlo, e se non gli riescisse venderlo a giusto prezzo, non lo si potrà forzare ad alienarla, ma invece egli potrà lecitamente chiedere alla repubblica quel tanto che basti a ripararla; e questo è un aureo *singolare* dello Speculatore, il quale è seguito da Lodovico Romano.

V. Nel secondo caso principale, quando, cioè, la casa o la cosa è totalmente d' altri, potrà il suo padrone esser costretto a restaurarla? Rispondi, che di regola, no. Alla quale regola si fa eccezione primamente qualòra intorno ciò fosse stata fatta promessa, in secondo luogo nel caso notabile della legge *sicuti ff. si serv. vind. in princ.*, del quale ho parlato più sopra nella *servitù di sostenere il peso*. — Nel terzo caso principale, allorquando, cioè, la casa o la cosa è comune a più padroni, suddistingui. O nessuno d'essi vuol fabbricare o restaurare, e nessuno sarà forzato a farlo, tranne il caso in cui si tema danno pei passanti, od in cui derivi sconcezza alla città; perchè siccome un solo padrone può venire costretto, così lo ponno

(5) 334. Not. quod inci. not. quod in pluribus

Digitized by Google

Aut uterque vult reficere, et tunc aut concordant in refectione, et non est dubium: aut discordant in modo reficiendi: et tunc aut vult unus reficere in majori quantitate quam prius esset, alter in eodem statu: et iste ultimus praefertur istud est proprie reficere (1), *et pro hoc vide quae dixi supra* (2). *Aut quilibet vult reficere juxta priorem formam diversis tamen modis idonee*, leg. in reficiendo, et ibi hoc not. *Dyn.*, *Barthol. et Doct.* de damn. infect. *et Angel.* in d. l. quidem Iberus (3) de servitut. urban. praed.

esser parecchi. O tutti vogliono restaurare, ed allora, o vanno d'accordo circa i modi, e non vi è che dire; o discordano circa i modi, ed allora, od uno vuole restaurare in quantità maggiore che prima non fosse, e l'altro vuol rimettere la cosa nello stato anteriore, e quest' ultimo si preferisce. Questo è propriamente restaurare, e circa ciò vedi quello che dissi prima. O ciascuno vuol ristaurare idoneamente conservando la primiera forma, ma discordando ne' modi, ed allora vedi la legge *in reficiendo ff. de damn. infec.* e Dino, e Bartolo, ed i dottori sovra essa, ed Angelo sopra la legge *quidam Iberus ff. de serv. urb. praed.*

VI. *Ubi dicit, quod idoneitas debet intelligi, quando non peccat in extremo: quia nullum extremum est laudabile* (4). *Aut unus tantum vult reficere, alter vero non: et tunc ille qui vult reficere, vult reducere in meliorem statum rem quam prius esset: sed non est necessarium, puta quia est molendinum habens binas molas, et vult imponere meliores, et alter non cogitur* (5), *et tunc procedit illa regula, quod in re communi melior est conditio prohibentis*, (6). *Aut vult unus tantum reaedificare rem communem reducendo ad pristinam formam: et tunc aut vult in re communi reaedificare jure servitutis, et non potest* (7), *aut vult aedificare communionis: et tunc aut vult facere id ad quod erat parata res seu destinata, et potest invito socio* (8), *aut res non est ad hoc destinata, et tunc aut est hoc actum, et potest, aut non est actum, et tunc aut non interest alterius socii prohibere, et potest eo invito reficere* (9). *Aut interest alterius socii, et tunc est melior conditio prohibentis*, (10), *et ita tenet Cyn.* (11); *et pro hoc habes expedictum perfecte istum articulum.*

VI. Ove dice, che l' idoneità dev' essere intesa nel senso di non peccare in un estremo, perchè niun estremo è lodevole. Od uno soltanto vuole restaurare, e l' altro no, ed allora chi desidera restaurare vuole ridurre la casa in istato migliore di quello in cui prima si trovava, benchè non sia necessario, per esempio, perchè è un mulino che ha due mole ed ei vuol metterne di migliori, ed in tal caso l' altro non può esser costretto, ed allora ha luogo quella regola, che nella cosa comune è migliore la condizione di chi proibisce. Od uno soltanto vuol rifabbricare la cosa comune riducendola alla pristina forma, ed allora, o vuole riedificare sulla cosa comune per dritto di servitù, e non lo può; o vuole farlo per diritto di comunione, ed allora, o vuole fare ciò a che la cosa era apparecchiata o destinata, ed il può contro voglia del socio; o la cosa non è a tal uso destinata, ed allora, o ciò fu pattuito e lo può fare, o non fu pattuito, ed in tal caso, o non importa all' altro socio di proibirlo, e può restaurare contro sua voglia; od importa all' altro socio ed allora nol può, perchè è migliore la condizione di chi proibisce: e così parlano i testi, e così Cino ritiene, ed in tal modo quest' articolo è perfettamente trattato.

VII. *Tertio quaero, quae actio competat socio reficere volenti in casu permisso, contra alium socium prohibentem. Dic aut*

VII. In terzo luogo dimando, quale azione compete al socio che vuole restaurare in uno de' casi permessi contro l' altro socio che glielo divieta? Rispondi: o la cosa è

(1) L. 3. § reficere de itin. actuum privat.

(7) D. l. paristem.

Digitized by Google

res est communis inter plures haeredes, et agi poterit judicio fam. etc. (1) *aut inter non haeredes, et tunc non jure societatis, et competit judicium communi divid. vel* Uti poss. (2), *aut est communis jure societatis ad hoc principaliter ordinatae, et tunc potest agi pro societate* (3).

VIII. *Quarto quaeritur, nunquid si unus sociorum suorum suo sumptu reficit aedificium commune jure societatis seu communionis ad usum, ad quem paratum seu destinatum erat, puta domum ruinosam, aut molendinum in flumine, aut parietem communem, an poterit agere contra illum qui recusavit? Die, aut suo nomine, aut nomine communi, aut dubitatur quo nomine, primo casu nihil recuperat* (4), *secundo casu, quando reficit nomine communi, et res est communis jure societatis, et socius fuit requisitus, contumax imponendo expensam, et tunc habet tria remedia. Primum, quod reficiens usque ad quatuor menses sumptus repetere potest cum usuris centesimis. Secundum, quod elapsis dictis quatuor mensibus, reficiens consequitur rem refectam jure dominii. Tertium, quod si non vult consequi jure dominii, potest repetere omnes sumptus et interesse* (5), *et est verosimilè, quod propter societatem et contumaciam non audiatur volens cedere rei, alias esset secus* (6). *Et not. quod propter secundum remedium, quod est singulare: videlicet, quando res communis indiget refectione, puta domus vel molendinum: et unus sociorum ab altero requisitus non exposuit sumptus pro parte sua, si alter socius reficit in totum de suo, et post refectionem requirit socium, quod restituat sibi sumptus pro sua parte, quod si stat per quatuor menses a die refectionis factae per alium socium, et non restituat pro parte sua, dominium totius transit pro refectione, text. est elegans* (7) *quod perpetuo tene menti.*

IX. *Et nunquid dominium transeat ipso jure, vel requiratur sententia, nun-*

comune fra più eredi, e potrà agire coll' azione di divisione de' beni di famiglia; od è comune fra non eredi, ed in tal caso non per diritto di società, ed allora gli compete l' azione di divisione della cosa comune, o l' interdetto *Uti possidetis.* Od è comune per diritto di società a tale scopo principalmente contratta, ed allora può agire coll' azione di società (*b*).

VIII. Dimando in quarto luogo: se uno dei socii restaura a sue spese l' edificio ch' è comune per diritto di società o di comunione, volgendolo a quell' uso al quale era prima disposto o destinato, verbigrazia, una casa crollante, od un mulino nel fiume, od un muro comune, potrà forse agire contro colui che si rifiutò di partecipare alla spesa? Rispondi: o restaurò in suo nome, od in nome comune, od è dubbio in nome di chi abbia restaurato. Nel primo caso nulla riceve; nel secondo, cioè quando restaura in nome comune, e la cosa è comune per diritto di società, ed il socio fu richiesto di contribuire alla spesa, ha tre rimedii. Il primo è, che il restaurante può per lo spazio di quattro mesi ripetere le spese insieme agl' interessi centesimi. Il secondo, che trascorsi i detti quattro mesi, il restaurante acquista la casa riparata per diritto di proprietà. Il terzo, che se non vuole acquistare per diritto di proprietà, può ripetere tutte le spese e gl'interessi. Ed è verisimile che per la ragione della società e della contumacia non si ascolti chi vuole rinunziare alla cosa; in caso diverso avverrebbe altrimenti. E deve notarsi che per il secondo rimedio, ch'è singolare, cioè, allorquando la cosa comune ha d'uopo di riparo, esempigrazia, la cosa od il mulino, ed uno dei socii addimandato dall' altro non isborsa la sua parte di spese, se l' altro socio ristaura totalmente col suo, e dopo la riparazione richiede il primo dell' esborso della sua porzione di spese, e questi lasci passare quattro mesi dal dì del restauramento fatto dall' altro senza pagare la detta quota spettantegli, il dominio di tutta la casa trapassa nel ristaurante a compenso della riparazione; locchè ricorda perpetuamente.

IX. E se la proprietà trapassi giuridicamente da se, oppur vi sia d' uopo d' una

Digitized by Google

quid transeat etiam possessio, vide per gloss. et Dd. (1). *Aut contumax non fuit contumax in reficiendo: et tunc solum agitur ad sumptus* (2), *et ita tenet Angel.* (3); *aut res est communis, non tamen jure societatis: sicut contingit in duobus communiter rem ementibus, aut duobus legatariis, vel haeredibus ejusdem rei, vel alio modo in conjunctione incidentibus: et unus istorum reficit rem communem suo sumptu proprio: et tunc aut alter socius fuit contumax: et habent locum duo prima remedia, scilicet repetitio sumptuum cum usuris, et adjudicatio dominii contra contumacem, qui noluit in sumptu conferre. Sed tertium non habebit locum, scilicet ut possit agere praecise, ut refundantur sumptus cum omni interesse* (4), *aut alter socius non fuit contumax: quia non fuit requisitus, et hoc casu conveniri non potest, nisi tantummodo pro restitutione fructuum* (5).

X. *Tertio casu principali, quando dubitatur quo nomine socius refecerit, an suo, an communi. Dic, quod in dubio videtur refecisse nomine communi* (6), *quia hoc est sibi licitum, contrarium est illicitum* (7). *Item quia faciens nomine proprio, intelligitur donare sumptus: donatio vero in dubio non praesumitur* (8), *ita tenet Angel.* (9).

XI. *Quarto quaeritur, quid si unus ex sociis vult reficere parietem communem: alter vero timet ne sibi damnum immineat ex ea refectione, qualiter sibi succurratur, vide plene per Barthol.* (10) *et plenissime Angel.* (11) *et per Joan. Pet. de Papia* (12).

XII. *Quinto quaeritur, ad quem spectat refectio parietis debentis servitutem oneris ferendi? dic ad eum, qui debet servitutem, et non solum de pariete existente tempore servitutis, sed etiam de surrogato* (13).

XIII. *Sexto quaeritur, quidam nobilis*

sentenza, vedi la glossa ed i dottori. Od il contumace non fu tale nel restaurare, ed allora s' agisce solamente per le spese, come ritiene Angelo; o la cosa è comune, non però per diritto di società; siccome accade tra due che comperano insieme una cosa, o tra due legatarii ed eredi di una stessa cosa, o tra due che in altro modo stanno in congiunzione, ed uno di questi restaura la cosa comune a spesa sua propria; ed allora, o l' altro socio fu contumace, ed hanno luogo i due primi rimedii, cioè la ripetizione delle spese cogl' interessi e l' aggiudicazione del dominio contro il contumace, il quale non volle partecipare alla spesa; ma il terzo rimedio non ha luogo, cioè quello di agire ricisamente affinchè sieno rifuse le spese con ogn' interesse. O l' altro socio non fu contumace, perchè non fu addimandato, ed in questo caso non si può convenire se non che per la sola restituzione dei frutti.

X. Nel terzo caso principale, quando vi ha dubbio in nome di chi il socio abbia restaurato, se in suo, o nel comune, rispondi, che nel dubbio si reputa aver riparato a nome comune, perchè questo gli è permesso, non già l' opposto. Così pure perchè chi opera in nome proprio s' intende donare le spese; ma la donazione nel dubbio non si presume, com' è opinione di Angelo (*c*).

XI. In quarto luogo si chiede che sia di diritto, se uno dei socii voglia restaurare il muro comune, e l' altro tema che gli derivi danno da quel ristauramento; in qual modo si verrà in di lui soccorso? Vedi pienamente Bartolo ed ancor più Angelo e Giampietro da Pavia (*d*).

XII. In quinto luogo si dimanda, a chi spetti il restauramento del muro ch' è obbligato alla servitù di sostenere il peso? Rispondi: a quegli che deve la servitù, e non solamente del muro esistente al tempo della servitù imposta, ma eziandio del sostituito (*e*).

XIII. In sesto luogo si dimanda. Certo

Digitized by Google

liter iste nobilis teneatur? Istam q. disputavit Franc. Accurs.; Bald. eam sic decidit (1): *aut augmentatum est onus refectionis intrinsecae circa eandem latitudinem pontis: ut quia aqua perfodiens hoc facit, ut necessaria sit major impensa solita: et tunc pertinet ad nobilem, quia est augmentatio intrinseca; aut est augmentatio extrinseca in majori latitudine pontis: et tunc eatenus ad nobilem non pertinet: quia tempus contractus inspicitur* (2), *per quas leges Franc. Accur. determinavit, per illam promissionem nobilem non teneri.*

XIV. *Septimo quaeritur, si paries alienus per medium pedem inclinaverit in domum alterius, an possit contra eum agi, ut ipsum erigat et reficiat? dic quod sic* (3), *et ita tenet Joann. Pet. de Papia* (4), *quod not. pro turri, quae Bononiae pendet supra turrim Ascellorum.*

XV. *Octavo quaeritur, ad quem spectat onus reficiendi rem usufructuariam? dic aut quaeritur de cura et solicitudine refectionis: et ista simpliciter pertinet ad usufructuarium,* (5). *Aut quaeritur de impensa: et tunc aut est magna, et pertinet ad proprietarium, aut est parva, et spectat ad usufructuarium* (6), *et illa est communis opin. An autem sit facienda differentia, an usufructuarius habeat usum fructum ex causa lucrativa, vel onerosa? et Flor.* (7) *videtur dicere, quod sit facienda differentia: videlicet quod habens ex onerosa, non teneatur etiam ad modicam* (8). *Et quando esset tanta impensa, ut aequivaleret receptioni fructuum, non teneatur usufructuarius, quia ego reputo eam magnam impensam* (9).

XVI. *Nono quaeritur, ad quem spectat refectio rei usuariae? dic ut per text. not. et quod ibi not.* in l. si domus, de usu et hab. *ubi fit alia distinctio, quam in usufructuario.*

ampliarlo. In qual modo sarà tenuto questo nobile? Tale questione fu disputata da Francesco d'Accorso, e Baldo la risolve nel modo seguente. Od è accresciuto il peso del restauramento intrinseco rispetto alla stessa estensione del ponte, verbigrazia, perchè l'acqua perforando produce siffatto danno, di guisa che sia necessaria una spesa maggiore del solito, ed allora questa non ispetta al nobile, perchè si guarda il tempo del contratto, come ci recano i testi, per i quali Francesco d'Accorso sentenziò che il nobile non sia ad essa tenuto in virtù della fatta promessa (*f*).

XIV. In settimo luogo si dimanda: se il muro di uno si sarà inclinato per mezzo piede sulla casa d'un altro, si potrà agire contro di lui affinchè lo rifabbrichi o lo restauri? Rispondi, che sì, e così opina Giampietro da Pavia; lo che dee notarsi rispetto alla torre Garisenda che in Bologna pende sopra quella degli Asinelli (*g*).

XV. In ottavo luogo si domanda, a chi spetti il peso di restaurare la cosa usufruttuaria? Rispondi; o si parla della cura e sollecitudine del riparo, e queste appartengono semplicemente all'usufruttuario. O si parla della spesa, ed allora, o questa è grande e spetta al proprietario; od è piccola, e spetta all'usufruttuario, e questa è opinione comune. Ma si dee poi far differenza, se l'usufruttuario abbia l'usufrutto per causa lucrativa, o per onerosa? Floriano sembra dire che sia da farsi, cioè che chi lo ha per causa onerosa, non sia tenuto neppure alla spesa mediocre; e qualora la spesa fosse tale che equivalesse alla percezione de'frutti, l'usufruttuario non sarebbe tenuto, perchè tale spesa io la reputo grande (*h*).

XVI. In nono luogo, a chi spetta il restauramento della casa data in uso? Rispondi col testo notabile della legge *si domus ff. de usu et habit.*, e con ciò ch'ivi è notato, ove si fa una distinzione diversa da quella che ha luogo per l'usufruttuario (*i*).

(1) *In l. non* modus C. de servit.
(2) *D. l. non*

no vide *in l. cotem ferro, § qui maximos, in pen*

XVII. *Decimo quaeritur, si locatus est fundus vel domus, ad quem spectat refectionis impensa? dic ad dominum locantem, non autem ad conductorem* (1), *et ideo sic statutum dicit, quod quilibet ante domum teneatur scopare, scholares vel alii domum conducentes non tenebuntur, quia non possident* (2), *et si solverent, possunt imputare locatori pro pensione, vel repetere actione ex eo contractu, et si non solverent, possent occupare domum,* (3) *secundum Pet. Cyn. et Doctor.* (4), *et idem tenet Rofred* (5), *et idem tenet Alber. de Ros. secundum Odofred.* (6) *et Flor.* (7), *et vide Paul. de Castr.* (8) *et Bald.* (9); *et intellige praedicta quando conductores cogi possunt ad refectionem vel purgationem viae, expensis tamen pensionis,* ut d. l. aediles; *item intellige, si quis gratis habitet, si purgatio est talis, quod pertineat ad utilitatem momentaneam, secus si ad perpetuam* (10). *Item adde, quod viam destructam quis reparare seu reficere tenetur, quatenus protenditur latitudo suae domus* (11).

XVIII. *Undecimo quaeritur, quid in emphyteuta seu libellario, seu feudatario? Dic cum isti possideant, et habeant utile dominium* (12), *impensa refectionis spectat ad eos, non autem ad dominum* (13), *et ideo in instrumentis investiturae solet communiter dici, quod dominus dat ad melioramdum, etc.*; *et idem est dicendum in superficiario eade m ratione* (14).

XIX. *Quid autem in re dotali?* dic ut in tot. titul. de impen. et maxime in l. 3. § 1 et l. quod dicitur, eod. tit. (15).

XX. *Duodecimo quaeritur, quid si legantur fructus vel reditus alicujus fundi vel domus, ad quem spectabit refectio? In hoc debet considerari. Aut intelligitur le-*

XVII. In decimo luogo si chiede, a chi spetta la spesa della riparazione fatta ad un fondo o ad una casa locata? Rispondi: al padrone che l' ha locata, non già al conduttore; e però se lo statuto prescrive che ciascuno sia obbligato a scopare dinanzi la sua casa, gli scolari e gli altri che conducono le case, non saranno a ciò tenuti, perchè non possedono, e se lo facessero, potranno imputarlo nella pigione al locatore, o ripeterlo con l' azione derivante da quel contratto; e se non lo facessero, potrebbero tuttavia occupare la casa. Questa è opinione di Pietro, di Cino e dei Dottori, seguita da Roffredo e da Alberico da Rosate secondo Odofredo, e da Floriano, e da Baldo, e da Paolo di Castro; ed intendi procedere le dette cose, allorquando i conduttori possono essere costretti alla ristaurazione o nettamento della strada, a spese però della pigione. Così pure intendi procedere, se alcuno abiti gratuitamente, se il nettamento sia tale che torni a vantaggio momentaneo, non già se torni a perpetuo. Parimente aggiungi che ciascuno è tenuto a riparare o restaurare la strada distrutta per tutta l' estensione della sua casa (*k*).

XVIII. In undecimo luogo si dimanda, che sia rispetto all' enfiteuta, al livellario ed al feudatario? Rispondi: essendochè possedano ed abbiano l' utile dominio, la spesa del restauramento spetta ad essi, non già al signore; e però negl' istrumenti d' investitura si suol porre ordinariamente, che il signore dà perchè sia migliorato ecc. Così pure è da dirsi del superficiario per la stessa ragione (*l*).

XIX. E che poi riguardo la cosa dotale? Rispondi come in tutto il titolo *de impensis* e massimamente nella legge 3 § 1 *ff. eod. tit.* (*m*).

XX. In duodecimo luogo dimandasi: se sono legati i frutti od i redditi di qualche fondo o casa, a chi spetterà la restaurazione? In tale questione si deve distin-

(1) *L. si merces, § si vis major ff. loc. et l. ex*

(9) *In l. ob causam, ff. de act. et oblig.*

Digitized by Google

gatus ususfructus proprie, et tunc dic ut dixi supra in 9. q. *Aut non censetur legatus ususfructus, et tunc spectat refectio ad haeredem* (1), *quomodo autem cognoscatur, an intelligitur tunc legatus ususfr. vel non*, vide gloss. ord. (2).

XXI. *Decimotertio quaeritur, an ecclesia et clerici teneantur ad reparationem murorum, seu refectionem fortiliciorum civitatis, et pontium, et viarum, et portarum, et aquaeductus, et similium? Et dicas quod sic* (3), *et ita tenet Azo* (4), *et Bald.* (5) *de quo vide per gloss. quae aliter dicit, et ibi per Bart. et omnes Dd.* (6) *et per Ant. de Butr. et Dd.* (7) *et per Joann. Pet. de Papia* (8), *qui etiam tenet quod sic.*

XXII. *Decimoquarto quaeritur, an ecclesiam parochialem teneantur reficere laici parochiani, an vero clerici, ut* 10. *q.* discernimus, *et not. gloss.* (9).

XXIII. *Decimoquinto quaeritur, ex aedificatione ecclesiae acquiritur jus patronatus* (10), *nunquid ex refectione vel reparatione etiam quaeratur?* vide per hoc gloss. (11).

XXIV. *Decimosexto quaeritur, an tutor possit aedificia pupilli collapsa vel deformata reficere? Et dic, quod sic* (12).

XXV. *Decimoseptimo quaeritur, ad quem spectet refectio rei debentis servitutem? Dic ut habetur* (13), *et vide quae dixi supra* de servitute oneris ferendi (14) *et quod supra dixi in princ. hujus libri in* 9. *quaestion. princip.*

XXVI. *Decimoctavo quaeritur, an possit nunciari novum opus reficienti aedificium vel cloacam? Dic regulariter quod non* (15).

XXVII. *Decimonono et ultimo quaeritur, an refectio domus dicatur pia causa:*

guere. O s' intende parlare del legato di usufrutto propriamente, ed allora rispondi come sopra nella 9.ª questione. O non si reputa legato di usufrutto, ed allora la restaurazione spetta all' erede. In qual modo poi si conosca se sia legato di usufrutto, o no, vedi la glossa ordinaria (*n*).

XXI. Dimandasi in tredicesimo luogo, se la chiesa e gli ecclesiastici sieno tenuti alla riparazione dei muri, od al restauramento dei fortilizi della città, dei ponti, delle strade, delle porte, degli acquidotti e simili edifizii? Rispondi che sì, e questa è opinione di Azzone e di Baldo, e vedi la glossa che dice altrimenti, e vedi altresì Bartolo e tutt'i Dottori, ed Antonio da Butrio, e Giampietro da Pavia, il quale eziandio sta per il sì (*o*).

XXII. In decimoquarto luogo si chiede se i parrocchiani laici, oppure gli ecclesiastici, sieno tenuti a restaurare la chiesa parrocchiale? Rispondi come nella 10.ª questione, e come nota la glossa (*p*).

XXIII. Si dimanda in decimoquinto luogo, se per la fabbrica di una chiesa si acquista il diritto di patronato, si acquisterà altresì quando la si restaura o ripara? Intorno a ciò vedi la glossa (*q*).

XXIV. Si dimanda in decimosesto luogo, se il tutore possa restaurare gli edifici del pupillo che fossero crollati o sformati? Rispondi che sì (*r*).

XXV. In decimosettimo luogo si chiede, a chi spetti la restaurazione della cosa obbligata a servitù? Rispondi come ne' testi relativi, e come dissi più sopra nella servitù di sostenere il peso e nel principio di questo capo, nella 9.ª questione principale (*s*).

XXVI. Si chiede in decimottavo luogo se si possa dare denunzia di nuova opera a colui che restaura l' edificio o la cloaca? Rispondi, che di regola non si può (*t*).

XXVII. In decimonono ed ultimo luogo si dimanda, se il ristauramento d' una casa

(1) *Istud probatur in l. fundi Trebatiani, de usufruct. leg.*

et Innocent. et omnes Dd. et gloss. in c. de his, de eccl. aedific. et per Alb. de Ros. in l. ad instru-

Digitized by Google

dicas ut est casus singularis, in l. si quis pro redemptione. § fin de do. *ex quo not. quod fidei commissarii, seu executores testamentorum pro relictis ad pias causas possunt dispensare pro refectione alicujus domus combustae vel ruinosae; quod intellige quando dominus domus esset pauper: secus si esset dives* (1).

si dica essere una causa pia? Rispondi, come nel caso singolare, che trovasi nella legge *si quis* § fin. ff. *pro redemptione* § fin. *de do.*, dal quale ricava il notabile, che i fedecommessarii od esecutori testamentarii per le cose lasciate a cause pie possono dispensare dalla restaurazione d' una casa incendiata o crollante; locchè intendi procedere, allorquando il padrone della casa fosse povero, non già quando fosse ricco (u).

(1) *Per not. in l. illud, C. de sacros. eccl.*

(t) *Admmist.* Utrum administrator teneatur de mala administratione satisfacere? Responde secundum Innocent. (1) quod sic, et ille cujus est administrator, habet actionem negot. gest. contra eum qui male administravit (2). Unde adverte, quod teneatur administrator secundum gloss. (3) et etiam levi (4). Per quantum tempus intelligatur administratio, si non fuit limitatum, vide Corn. 2. *vol. cons.* 3. *et in* 3. *vol. cons.* 196. et vide per Alex. 1. *vol. cons.* 22. *in* 2. *col. vers.* attento.

(1) *In c. praesentium de pignor.*
(2) *FF. de negot. gest. l.* 3. § *ultim.* 12. *quaest.* 2. *si qua de rebus etc. si quis qualibet conditione.*
(3) *In l. cum ostendimus ff. de fidejus. tut. de dolo, ut ibi et lata culpa: ut l. curatores, C. de negot. gest.*
(4) *In l. quioquid C. de arb. tut.*

(u) *Amministratore.* L' amministratore è forse tenuto a risarcimento per la cattiva amministrazione? Rispondi di sì, secondo Innocenzo, e l' amministrato ha l'azione di gestione d' affari contro quello che amministrò male. Donde devi avvertire che, secondo la glossa, l'amministratore è tenuto della colpa lata ed eziandio della lieve. Quanto tempo di amministrazione s' intenda richiedersi, se non fu limitato, vedi Corneo *vol.* 2, *cons.* 3. *e nel vol.* 3, *cons.* 196; *e vedi* Alessandro *vol.* 1, *cons.* 22, *nella col. del versic.* attento.

ANNOTAZIONI AL CAPO LIX.

(*a*) *Reficere sic accipimus ad pristinam formam et modum reducere . . . . hoc est ne quis dilatet, aut producat, aut deprimat, aut exaggeret . . . .* Così il frammento 3 § 15, titolo 19, libro 43 del Digesto.

I limiti legali delle riparazioni, dice il Romagnosi (Condotta delle acque volume IV, pag. 93, 94) sono di ridurre le cose in pristino senza commettere novità.

(*b*) Tratto l' argomento delle riparazioni degli edifizii, delle case, dei muri, secondo la legge amministrativa e secondo la civile, cioè nei pubblici e nei privati riguardi.

I. Pei pubblici riguardi, secondo le leggi amministrative:

1.° Per quelli della pubblica sicurezza, se su strada urbana, cioè di città o di comune chiuso da mura, un fabbricato minaccia rovina, l'Autorità comunale per l'art. 38 del Decreto sulle strade 20 maggio 1806, ne ordina la riparazione al proprietario, ch'è obbligato tosto ad eseguirla.

Se nol fa, viene eseguita d' uffizio a spese di esso.

Se preferisce poi di demolirlo, dee tosto farlo; altrimenti la demolizione viene eseguita d' ufficio e a spese di lui.

Per l'art. 34, nel caso della demolizione, i provvedimenti, perchè le case contigue non soffrano danno ed i risarcimenti dei danni che soffrissero, sono a carico di chi ha fatto (o dovea fare) demolire.

Gli edifizii posti poi su strade forensi, cioè percorrenti Comuni o territorii aperti, deggiono per l'art. 37 essere mantenuti dai loro possessori, o da chi vi è interessato in modo che non ne possa venir danno nè alla strada, nè ai passeggieri.

Ma, non mantenuti in quel modo e minaccianti rovina, potrà ad essi venir applicato l' art. 33?

Mi sembra di sì, sebbene l' art. 37 nol dica.

Se quest' ultimo articolo ha ordinato che debbano essere mantenuti in modo, che non ne venga danno nè alla strada, nè ai possessori, la pubblica Autorità dee aver mezzi, perchè quell' ordine sia sempre eseguito.

Ora se invece uno di quegli edifizii minaccia rovina, quell' Autorità dee poterne ordi-

Digitized by Google

nare al proprietario o all' interessato la riparazione, e farla ove occorra eseguire d'uffizio a loro spese.

E se preferissero invece di demolirlo, dee aver mezzi anche di farne ove occorra eseguire la demolizione pure d' uffizio e a loro spese.

L'art. 33 dà ad essa tutti quei mezzi. Dunque dee poter essere applicato.

Che cosa dirassi poi pei fabbricati che minacciassero rovina, e che non fossero collocati su strada nè urbana nè forense?

Per esempio. Ho in aperta campagna una casa che minaccia rovina, ma che non trovasi su strada nè regia, nè comunale, nè privata gravata di servitù verso il pubblico.

Sarà ad essa applicabile il suddetto articolo 33?

Sì, se quella rovina minaccia la sicurezza del pubblico.

No, se non la minaccia.

Secondo me, quell'aggregato di persone che compone la popolazione di un Comune è anch' esso un pubblico.

Non sarà il pubblico composto dalla totalità della popolazione dello Stato, ma è un pubblico formante una parte, riunita in Comune, di quella popolazione.

Ora la suddetta mia casa è destinata, per esempio, ad uso di osteria o di altro luogo di ritrovo degli abitanti del Comune.

Ossia è o può essere frequentata dal pubblico di quel Comune.

Minacciando rovina, minaccia la sicurezza del pubblico che la frequenta o che può frequentarla.

Minaccia dunque la pubblica sicurezza, e se ciò è, l' Autorità che tutela quella pubblica sicurezza dee impedirlo.

Dee dunque e può ordinarmi di ripararla, e se non obbedisco dee e può farla riparare d' uffizio a mie spese.

E se preferisco di demolirla, e tosto nol faccio, può farla demolire a mie spese d'uffizio.

Insomma applica contro me l'art. 33 del Decreto 20 maggio 1806 sulle strade.

Questo diritto di essa, mi par confermato anche dagli art. 1, 9, 11, 13 dell'altro Decreto 9 gennaio 1807 sul pubblico ornato.

Per l' art. 1.° di esso, a Milano ed a Venezia havvi una Commissione per l' ornato, la quale fra altre incombenze, ha, per l'art. 9, dovere d'invigilare *per la pubblica sicurezza* sulle fabbriche che in quelle due città si costruiscono (senza distinguere se vengano o no costruite su strade) e di proporre alle Municipalità le convenienti cautele.

Le Municipalità le ordinano ai proprietarii e se non le eseguiscono, provvedono d'uffizio a loro carico, cioè le fanno a spese di essi eseguire.

Ma se tutto ciò per motivo di pubblica sicurezza ha luogo a Milano ed a Venezia per le fabbriche che si costruiscono, se anche non costruite su strade, perchè per l' identico motivo non avrà luogo lo stesso anche per le fabbriche già costruite e che minacciano rovina, sebbene esistenti fuori di quelle strade?

Per l' art. 11 del suddetto Decreto 9 gennaio 1807, negli altri Comuni del Regno e *specialmente* in quelli o di prima classe o murati; dunque in tutti, nessuno escluso, le Municipalità (ora per la Sovrana Patente 12 febbraio 1816 Congregazioni municipali, ovvero Deputazioni comunali) fanno mediante alcuni architetti o cittadini intelligenti, le veci delle Commissioni per l' ornato ch' esistono a Milano ed a Venezia.

Fra le altre loro incombenze quelle Autorità comunali in tutti quegli altri Comuni del Regno, incaricano uno o più commessi, secondo l'art. 13, a denunciar loro tutte le fabbriche che s' intraprendono, e quelle *che ponno minacciare la sicurezza pubblica*, o che s' incominciano a demolire.

Digitized by Google

Questi mezzi, quando una di quelle fabbriche minacci rovina, non ponno essere altri che quelli portati dall'art. 33 del Decreto 20 maggio 1806 sulle strade.

Dunque quell'articolo esser deve applicabile anche se si tratti di fabbricato non esistente su una strada, e che minacci rovina, quando la rovina, come nell' esempio che ho addotto, esponga a pericolo la pubblica sicurezza.

Ma se al contrario la suddetta mia casa non serve ad uso del pubblico e minaccia rovina, allora dirsi non può che minacci la pubblica sicurezza, sebbene minacci la sicurezza individuale di chi la abita, o di chi può accedere ad essa, che non può essere considerato come un pubblico nè come una parte del pubblico.

Non essendovi così minaccia per la pubblica sicurezza, le Autorità comunali non hanno veste per intervenire.

Così decise l'aulico Dispaccio 7 agosto 1843 n. 23148, i motivi del quale ho riportato nell' annotazione *c* al Capo XLVIII.

In questo caso non mi sembra applicabile l'art. 33 del Decreto 20 maggio 1806 sulle strade.

Ma dunque in tal caso le leggi non porteranno provvedimenti?

Provvedimenti per noi, sono portati dai §§ 381-385 del Codice penale del 1852 e dal § 343 del vigente Codice civile.

Questi provvedimenti sono applicabili anche nel caso in cui un edifizio, una casa, un muro minacciando rovina, minaccino la pubblica sicurezza, perchè le suddette disposizioni di legge parlano di edifizii, case, fabbriche senza distinguere se sia lesa la pubblica, ovvero la privata individuale sicurezza.

I provvedimenti stessi ponno poi sussistere e sussistono unitamente a quelli portati dall' art. 33 del Decreto sulle strade 20 maggio 1806.

Infatti le misure amministrative portate da quell' articolo, non implicano contraddizione colle misure di punitiva giustizia portate dai §§ 381-385 del Codice penale, e colla misura cauzionale ammessa dal § 343 del Codice civile.

2.° Pei riguardi del pubblico ornato, le Commissioni all'ornato a Milano e Venezia, e le Autorità comunali negli altri Comuni, a senso degli art. 5 e 6 del Decreto 9 gennaio 1807 n. 5, fanno i progetti pel regolamento simmetrico dei fabbricati fronteggianti le strade, per l'allargamento o rettifilo di esse e per la esecuzione di quei progetti, e propongono alle Autorità comunali i metodi migliori e più economici, onde combinare coll'abbellimento delle case il più perfetto riattamento e la manutenzione delle strade.

A senso dell'art. 7 ogni possessore che vuole intraprendere riparazioni, costruzioni od innalzamenti dei muri fronteggianti le strade, presenta prima all'Autorità comunale il disegno dell'opera, sul quale essa delibera, nella forma ivi indicata.

Finalmente a senso dell'art. 11 rendendosi necessaria pel pubblico ornato una porzione di fondo occupato da fabbricati di ragione privata od in qualunque modo spettante a privati, si passa alla spropriazione forzata verso indennizzo del proprietario.

Si vede da tutto ciò che pei riguardi del pubblico ornato l' Autorità comunale può ordinare e far eseguire, occorrendo anche d'uffizio, riparazioni di fabbricati che fronteggino la pubblica via, e può perfino espropriarne il proprietario per farli demolire quando la deturpino.

Non però se i fabbricati non fronteggino pubblica strada.

Parlo poi di pubblica strada in senso lato comprendendovi ogni sito dove come per essa o su essa passa, si ferma, radunasi il pubblico.

Sulla maggiore moderazione da usarsi poi nell'applicare le leggi sulla polizia stradale

Digitized by Google

re, sarcire, aedificare, item advehere, adportareque ea quae ad eandem rem opus essent continentur.

Combinando quelle due spiegazioni mi pare che potrebbe essere chiamato *reficere*, tanto il semplice ristaurare, quanto il riedificare ciò che già esisteva, quanto l'edificare ciò che non esisteva.

Non mi sembra però mal fatto distinguere tra i semplici ristauri, le riedificazioni e le edificazioni.

Ristauri sarebbero anche, a parer mio, i lavori onde aggiustare una cosa rimasta intiera, ma danneggiata per uso, per abuso, per vetustà.

Riedificazioni sarebbero le rinnovazioni di ciò che già esisteva ma ch' è caduto per vetustà, o che si è distrutto o per colpa o per caso fortuito, o che fu appositamente demolito.

Col riedificare, alla cosa vecchia e non più esistente verrebbe sostituita cosa nuova.

Edificazioni sarebbero le costruzioni di cosa nuova, ove cosa vecchia prima non esisteva.

Se colle riedificazioni alla cosa vecchia non più esistente ne viene sostituita una nuova, e se colle edificazioni vien fatta cosa nuova ove prima cosa vecchia non esisteva, e le une e le altre sono le innovazioni, delle quali parlano l'art. 1859, n.° 4 del Codice Napoleone ed il § 828 del Codice austriaco, ed i cambiamenti importanti, di cui fa cenno il § 834 di quest' ultimo Codice.

Di ciò passerò in seguito all'applicazione.

Vi hanno poi anche i compimenti ed i ristabilimenti, che il nostro egregio Basevi nelle sue annotazioni pratiche al § 513 del Codice austriaco spiega che cosa sieno.

Essi, trattandosi di edifizii, case, muri ed altri fabbricati, si confonderebbero, se non m' inganno, colle non totali ma parziali riedificazioni.

Ciò tutto premesso, osservo che il Cipolla in questo Capo parla soltanto del *reficere*.

Lo definisce, il ridurre una cosa in pristino, cioè il ridurre cosa esistente o già esistente allo stato di prima.

Sembrami quindi che parli dei ristauri e delle riedificazioni, e non delle edificazioni per le quali non si riduce in pristino, ma si fa di nuovo cosa che prima non esisteva.

Seguendolo sul terreno che ha scelto, mi permetto nella materia dei ristauri e delle riedificazioni le seguenti osservazioni:

1.° Pei §§ 354, 362 del Codice austriaco è regola che il proprietario possa a piacimento usare e non usare della cosa sua, distruggerla, ed abbandonarla.

Per l'art. 544 del Codice Napoleone è regola che abbia diritto di usarne e disporne nella maniera la più assoluta.

Per la legge civile dee essere dunque anche regola, che il proprietario di un edifizio, di una casa, di un muro, non possa essere astretto ne' riguardi del privato diritto da terzi a ristaurare o riedificare quelle cose sue.

Quella regola però può avere eccezioni.

a) Uno di quei fabbricati è aggravato da servitù prediale o da uno di quei diritti che il Codice austriaco chiama servitù personali.

Perchè la servitù venga usata e conservata è necessario ristaurarlo.

Chi ha il diritto di servitù non ha il dovere del ristauro.

Lo ha invece in tutto od in parte il proprietario del fabbricato ad essa obbligato, o in forza a qualche titolo, o in forza a possesso, o per usare anch'egli della cosa serviente o perchè il ristauro divenne per colpa sua necessario.

Quel proprietario soddisfar dee al dovere del totale o parziale ristauro.

Sicchè in via di eccezione può essere astretto da chi ha il diritto di servitù a ristau-

Digitized by Google

Ma credo col Zeiller e col Nippel che il suo proprietario non possa venir astretto a riedificarlo per far cessare su esso la interruzione della servitù.

Se a ciò potesse venir astretto, verrebbe obbligato a risarcire secondo il § 1323 un danno che avvenuto senza sua colpa o per caso fortuito non è pei §§ 1306, 1311, tenuto a riparare.

Perito così, ove si trattasse di servitù prediale, questa sarebbe su esso interrotta anche pegli articoli 703, 704 del Codice Napoleone fino a che non venisse riedificato.

Ma anche per questo Codice non credo che il suo proprietario potesse venir astretto da chi ha il diritto di servitù a riedificarlo.

La riedificazione si risolverebbe in un risarcimento di danno verso l'avente diritto a quella servitù, e pegli art. 1382, 1383 di quel Codice non si risarcisce un danno avvenuto, come nel caso concreto, senza colpa, indipendentemente dal fatto proprio, senza negligenza od imprudenza.

Se si trattasse poi di uno di quei diritti che il Codice austriaco chiama servitù personali e che sono l'usufrutto, l'uso, l'abitazione, perito per vetustà o per caso fortuito quel fabbricato, i diritti stessi pei combinati art. 617, 625 del Codice Napoleone si estinguerebbero su esso del tutto.

Ed il proprietario di esso non sarebbe tenuto a riedificarlo per l'art. 607.

Ma invece uno di quei fabbricati soggetto a servitù prediale od a ciò che il Codice austriaco chiama servitù personale non è già caduto per vetustà nè fu distrutto per caso fortuito, sibbene cadette per colpa del suo proprietario perchè non lo ha in tempo od a modo debito ristaurato, ovvero fu distrutto per fatto proprio di lui perchè lo ha a bella posta demolito.

Anche in questi casi la servitù è interrotta su esso perchè più non esiste, e finchè non venga riedificato non è possibile su esso esercitarla.

Ma non crederei che il proprietario non potesse essere astretto da quegli cui essa compete a riedificare quel fabbricato onde farla su esso rivivere.

Se il credessi, ammettere dovrei che il proprietario del fabbricato potesse da se solo, per propria colpa, per proprio fatto, liberarsi dalla servitù, col farlo cadere ommettendo di ristaurarlo, col demolirlo a bella posta, e col non riedificarlo più.

Ma ciò non posso ammettere perchè mi sembra contrario ad ogn' idea di diritto e persino alla sana ragione.

Invece ammetter deggio che in questi casi il proprietario del fabbricato soggetto a servitù prediale od a ciò che il Codice austriaco chiama servitù personale possa essere astretto da chi ha il diritto di quella servitù o così detta servitù a riedificarlo per far rivivere quel diritto.

Cioè in via di eccezione può essere astretto a riedificare la cosa propria.

Nè potrebbe parlare di abbandono per sottrarsi all'obbligo di riedificarlo perchè non havvi il caso di abbandonare ciò ch'essendo caduto o distrutto più non esiste.

c) Ma anche se uno di quei fabbricati non fosse soggetto a servitù prediale od a ciò che il Codice austriaco chiama servitù personale, il proprietario di esso potrebbe in via di eccezione essere astretto a ristaurarlo od a riedificarlo, quando ne avesse verso taluno l'obbligo per qualche fondamento atto in diritto ad addossarglielo.

2.° È chiaro che in regola nessuno pei riguardi del privato diritto può essere astretto a ristaurare od a riedificare l'edifizio, la casa, il muro altrui.

Ma anche questa regola aver può eccezioni:

a) Uno di quei fabbricati è aggravato da servitù prediale o da ciò che pel Codice austriaco è servitù personale.

Digitized by Google

b) Se mancasse poi ogni rapporto giuridico di servitù prediale o di ciò che il Codice austriaco chiama servitù personale, taluno in via di eccezione e nei riguardi del privato diritto può essere astretto a ristaurare o riedificare quella cosa altrui quando gliene corra obbligo per qualche altro fondamento legale che glielo abbia addossato.

3.° Ove si tratti dell'interesse di un terzo è la cosa stessa che un edifizio, una casa, un muro spettino ad un solo, ovvero per comproprietà o comunione a più di un proprietario.

Questi comproprietarii non potranno, ovvero potranno venir astretti da quel terzo a ristaurare o riedificare in tutto od in parte uno di quei fabbricati ad essi comune, giusta ciò che ho detto al n.° II. 1.° della presente annotazione in riguardo ad un solo proprietario non obbligato, ovvero obbligato a ristaurare o riedificare la casa propria.

Considero poi come un terzo anche uno di quei comproprietarii, il quale oltre all'essere in rapporto giuridico cogli altri *come tale*, lo sia eziandio per qualche diritto diverso che gli competa sulla cosa comune, per esempio, quando sull'edifizio, sulla casa, sul muro comune gli spetti diritto di servitù prediale a vantaggio di altro predio del quale è solo ed esclusivo proprietario, ovvero quando su uno di quegl'immobili a lui e ad altri comune abbia nella sua specialità diritto di usufrutto, di uso, di abitazione, ed in ambi i casi si tratti non già della comproprietà o comunione, ma di quei diversi diritti contro essa.

4.° Ma che cosa dirò quando si tratti del rapporto giuridico fra un comproprietario e l'altro derivante dalla comproprietà o comunione di un edifizio, di una casa, di un muro?

Un comproprietario può astringere gli altri a ristaurare o riedificare uno di quegli immobili posti tra essi in comune?

Distinguo la comunione di beni tra coniugi dalle altre specie di comunioni.

A. Nelle annotazioni *h* n.° 3 al Capo XIV ed *l* al Capo XXXIX ho osservato che pel Codice austriaco la comunione dei beni fra coniugi non esiste in regola in vita di essi.

Il coniuge proprietario di uno dei suddetti immobili posti in quella comunione ne conserva la proprietà, vivente l'altro coniuge.

Quel coniuge da questo non può o può venire astretto a ristaurare o riedificare quella cosa propria, secondo ciò che ho detto al n.° II. 1.° della presente annotazione.

Quel coniuge non può o può venir astretto dall'altro coniuge a ristaurare o riedificare l'immobile di questo cioè la cosa altrui, secondo quello che ho detto al n.° II. 2.° della suddetta annotazione.

Per l'art. 1421 poi del Codice Napoleone nella comunione *legale* fra coniugi il marito ne amministra solo i beni.

N'è padrone, dice il Dizionario del Merlin a quella voce, in modo da poter dissiparli a piacimento senza obbligo di renderne conto.

Dunque non può essere astretto dalla moglie a ristaurare o riedificare l'edifizio, la casa, il muro che fanno parte di quella comunione.

E se amministra solo, pare che in regola non possa astringere la moglie a quei lavori.

Ma se per qualche altro fondamento legale la moglie ne fosse obbligata, come per esempio, se il ristauro od il riedificamento fossero divenuti necessarii per colpa di essa, parmi che il marito potrebbe astringerla ad eseguirli.

Nella comunione *convenzionale* di beni fra coniugi anche per quei ristauri e riedificazioni si sta, secondo l'art. 1528 del Codice Napoleone, prima di tutto alle regole della convenzione.

E se la convenzione non dà regole si sta a quelle della comunione *legale*.

B. In riguardo alle altre specie di comproprietà o comunione distinguo quella che deriva da contratto da quelle che nascono senza contratto.

Nella comunione per contratto si dee pei Codici Napoleone ed austriaco stare prima di tutto ai patti di esso.

Quindi potrà venir astretto dagli altri comproprietarii a ristaurare o riedificare l'edifizio, la casa, il muro comune, quel consorte che pei suddetti patti ne abbia l'obbligo.

Digitized by Google

Anche nelle comunioni nate senza contratto, sembrami che possa venire astretto a ristaurare o riedificare quegl' immobili comuni, invece di uno, altro comproprietario od altra persona che ne abbia l'obbligo per qualche speciale e valido fondamento di diritto.

Quando poi nella comunione per contratto non vi abbia patto relativo ai ristauri ed alle riedificazioni; quando in questa comunione ed in quelle nate senza contratto l'obbligo di quei lavori per qualche fondamento speciale di diritto non incomba ad uno piuttosto che ad altro comproprietario, ovvero ad altra persona, allora, a parer mio, dee dirsi quanto appresso.

Bisogna prima di tutto distinguere il semplice ristauro dalla riedificazione.

Poscia e per l'uno e per l'altra, tra gli oggetti ristaurabili o riedificabili bisogna distinguere i non divisorii dai divisorii.

a) Un edifizio, una casa comuni, un muro comune, il quale non divida, non separi fondi vicini di diversi proprietarii, sono oggetti comuni non divisorii.

Il loro ristauro pel § 833 del Codice austriaco mi sembra affare di ordinaria amministrazione della cosa comune.

Perchè un comproprietario volente quel ristauro possa astringere gli altri comproprietarii che nol vogliono per nulla, e che il vogliono in un modo diverso da quello preteso da lui a concorrere ad eseguirlo, fa d'uopo che pel suddetto § egli abbia a favor suo la pluralità de' voti di tutti.

Se i voti sono pari, tanto sul ristauro quanto sul modo di esso decide a senso del § 835 il giudice come dice anche il Nippel nel suo commento al § 833.

Per l'art. 1859 n.° 3 poi del Codice Napoleone ogni comproprietario ha diritto di obbligare gli altri a concorrere alle spese necessarie alla conservazione degl' immobili comuni non divisorii.

Ha diritto dunque di astringerli a concorrere al loro necessario ristauro, invocando l' autorità del giudice, il quale poi dovrebbe decidere anche sul modo di eseguirlo quando intorno a ciò non vi fosse accordo tra i comproprietarii.

b) Al ristauro poi necessario di un muro comune divisorio, contribuisce pel § 856 del Codice austriaco ogni comproprietario in proporzione della quota che ha nella comunione.

E per l'art. 655 del Codice Napoleone quel ristauro è carico di tutt' i comproprietarii in proporzione del diritto di ciascuno.

Dunque il comproprietario volente quel ristauro può astringuere a concorrere ad eseguirlo i comproprietarii non volenti, ognuno in proporzione della propria quota, del proprio diritto, e ciò col mezzo del giudice, il quale decide anche sul modo di eseguirlo quando i comproprietarii eziandio su ciò sieno discordi.

c) La riedificazione di un edifizio, di una casa comuni, e di un muro comune non divisorio ed anche divisorio, essendo la sostituzione di oggetto nuovo ad oggetto vecchio più non esistente, mi sembra pel Codice austriaco una di quelle innovazioni con cui si dispone della porzione altrui, delle quali parla il § 828.

Mi sembra uno dei cambiamenti importanti per la conservazione e pel migliore godimento della cosa comune dei quali parla il § 834.

Un comproprietario che volesse quella riedificazione contro altri comproprietarii, i quali non la volessero per nulla o la volessero in modo diverso da quello da lui preteso per poter astringerli a concorrere ad essa, dovrebbe pel suddetto § 834 avere a favor suo la pluralità dei voti di tutti. E questa pluralità talora non basterebbe, e dovrebbe avere inoltre una delle decisioni delle quali parla il § 835. Queste sarebbero necessarie anche nel caso di voti pari.

d) Pel Codice Napoleone quella riedificazione ove si tratti di oggetto comune non divisorio mi sembra una di quelle innovazioni se anche più vantaggiose delle quali parla il suo art. 1859 n. 4 e per le quali è necessario l' assenso di tutt' i comproprietarii.

Quindi un comproprietario non potrebbe astringere a farla altri comproprietarii, quando non fossero tutti assenzienti.

In quanto al muro comune divisorio un comproprietario può astringere gli altri a riedificarlo, naturalmente quando ciò sia necessario, pegli art. 655, 663 del Codice Napoleone.

5.° Come ho detto nella introduzione al n. II della presente annotazione sembrami che il nostro autore in questo Capo veramente non parli delle edificazioni per le quali si fa cosa nuova, ove prima cosa vecchia non esisteva.

Digitized by Google

Però al § XXIV del Capo 40 fece domanda se un consorte oltre al rinnovare o ristaurare il muro comune possa anche fabbricarlo, cioè, a mio modo di vedere, possa edificare nuovo muro, e si riservò di rispondervi nel presente Capo.

Anch' io nell' annotazione *v* al Capo 40 riservai pel presente Capo quella risposta.

Avendo domandato il Cipolla se un consorte possa fabbricare nuovo muro comune, parmi che si possa intendere avere egli essenzialmente chiesto se quel consorte edificar possa nuovo muro sull' area, nell' edifizio o casa, oppure sul muro comune.

Intorno all' edificarlo sull' area comune vale quanto ho detto nell' annotazione *l* al Capo XXXIX.

Ciò che ivi ho osservato circa l' area parmi applicabile anche al caso in cui quel consorte edificar volesse nuovo muro nell' edifizio o nella casa comuni.

Circa all' edificarlo sul muro comune che corrisponde all' innalzare questo di più parmi applicabile ciò che ho detto al n. 2 dell' annotazione *q* al Capo 40.

6.° Quale azione spetta ad uno dei consorti il quale, come ho detto al n. 4 lettera *B* della presente annotazione, ha diritto di astringere l' altro a ristaurare o riedificar solo un comune fabbricato, ovvero a concorrere con lui al ristauro od alla riedificazione, quando vi si rifiuti?

a. Gli spetta l' azione di chiamare l' altro consorte in giudizio a farlo e dove ne sia il caso anche ad indennizzarlo.

b. Se poi esistessero gli estremi legali perchè la comunione potesse essere sciolta parmi che potrebbe chiamare in giudizio quell' altro consorte a dividerla.

Ma ciò facendo parmi che abbandonerebbe l'azione pel ristauro o per la riedificazione.

c. Mi pare però che quel primo consorte, rifiutante il secondo, non potrebbe pel § 19 del Codice austriaco ristaurare o riedificare, di sua sola autorità, con preterizione dell' autorità del giudice.

Facendolo, opererebbe su cosa comune, quindi non solo sulla propria ma eziandio sull' altrui cosa in modo arbitrario.

Turberebbe il possesso del secondo consorte rifiutante.

Questo secondo consorte, se tardi ottenere potesse il soccorso del giudice avrebbe diritto di difendere il proprio possesso secondo il § 344 di quel Codice.

E potendo presto ottenere il soccorso del giudice, avrebbe diritto di agire contro il primo consorte giudizialmente per turbato possesso secondo il § 339 del suddetto Codice, secondo la Sovrana Risoluzione 22 giugno 1825 e nei 30 giorni stabiliti dal § 2 di questa.

d. Ma se non avesse agito secondo queste ultime norme legali in quei 30 giorni per turbato possesso, ed avesse invece lasciato che il primo consorte procedesse a quel ristauro o riedificazione, non potrebbe attesa la propria trascuranza impedire di sua propria autorità al suddetto primo consorte di continuare quei lavori.

Non potrebbe farlo a senso dello stesso § 19 del Codice austriaco.

Facendolo, quel secondo consorte turberebbe alla sua volta il possesso del primo e questo potrebbe agire giudizialmente contro quello per turbato possesso.

Ma come?

Un momento prima che spirino i suddetti 30 giorni il secondo consorte è turbato nel proprio possesso dal primo e può agire contro di questo per turbato possesso.

Un momento dopo l' espiro di quei 30 giorni lo stesso secondo consorte diventa turbatore del possesso del primo e questo può agire contro di lui pure per turbato possesso.

Può essere ciò?

Può essere indubitatamente, almeno a mio avviso.

Il secondo consorte col non avere a tempo debito agito contro il primo per turbato possesso, e coll' avere invece lasciato che quel primo consorte ristaurasse o riedificasse, perdette l'ultimo possesso di fatto del diritto d' impedirgli il ristauro o la riedificazione. Perdette i beneficii di quel possesso.

Poichè ha lasciato che il primo consorte ristaurasse o riedificasse, il primo consorte è nell' ultimo possesso di fatto del diritto di continuare il ristauro o la riedificazione. I beneficii di quel possesso stanno per lui.

Essendo il primo consorte nell' ultimo possesso di fatto del diritto di ristaurare o riedificare, qualunque sia quel possesso, il secondo consorte non può pel § 339 del Codice austriaco turbarlo.

Digitized by Google

L'ultimo possesso di fatto sta pel primo consorte, ed il secondo consorte dee rispettarlo.

E perchè questo ultimo possesso di fatto del primo consorte dovea essere dal secondo consorte rispettato, ed egli invece lo ha turbato, quel primo consorte ha diritto di agire contro di lui perchè il giudice faccia cessare la turbazione.

Ed il giudice dee farla cessare, perchè pei §§ 5 e 15 della Sovrana Risoluzione 22 giugno 1815 dee proteggere, restituire l' ultimo possesso di fatto turbato, senza cercare più in là.

e. Per l' art. 23 del Codice italiano della civile procedura l' azione per turbato possesso non è ammessa se non a favore di colui che possedeva almeno da un anno, pacificamente, a titolo non precario o per sè stesso o per altri aventi titolo da lui.

Da chi possiede in tal modo può essere fatta valere entro l'anno dal turbato possesso.

Se per questa legge non può agire per turbato possesso chi non possede pacificamente almeno da un anno anteriore alla turbazione, non può avvenire quello che ho detto di sopra stando alle leggi austriache, che cioè il secondo consorte che jeri era turbato nel proprio possesso dal primo, domani diventi alla sua volta turbatore di un possesso di quest' ultimo, sicchè immediatamente dopo l' uno, anche l' altro possa intentare l' azione appunto per possesso turbato.

Per poter agire per turbato possesso contro il primo consorte che ristaura o riedifica arbitrariamente un fabbricato comune, il secondo consorte dee per la legge italiana trovarsi in pacifico possesso da un anno almeno. Cioè il primo consorte non dee avere, almeno durante quell'anno, ristaurato o riedificato.

Per poter agire per turbato possesso contro il secondo consorte che oppone impedimenti al ristauro o riedificamento intrapresi dal primo, questo primo consorte dee trovarsi da un anno almeno in pacifico possesso. Cioè da un anno almeno dee aver lavorato nel ristauro o nel riedificamento senza esserne dal secondo consorte impedito.

Veggasi del resto quanto ho detto nelle annotazioni *g* al Capo XXX ed *e* al Capo XLII, in quanto ciò possa essere applicabile alle quistioni che ho qui trattate alle lettere *c*, *d*, *e*.

(*c*) Un comproprietario ha ristaurato o riedificato a tutte sue spese un edifizio, una casa, un muro comuni a lui e ad altro comproprietario.

Il primo vuole che il secondo lo reintegri delle spese che pretende di aver in ciò incontrate per esso.

Quest' ultimo rifiuta di abbuonargliele.

Ha diritto di averne l' abbuono?

O al secondo comproprietario, giusta ciò che ho detto nella precedente annotazione ai numeri II. 4.°, incombe o non incombe l'obbligo di eseguire il ristauro o la riedificazione e di sopportarne la spesa o solo od in concorso del primo comproprietario.

Se quell'obbligo non incombe al secondo comproprietario, mi par chiaro che il primo, il quale a proprie spese ha ristaurato o riedificato, non abbia a diritto di chiamarlo a verun abbuono di quelle spese.

Se quell' obbligo invece incombe al secondo comproprietario, mi sembra che dal poter esso venir astretto dal primo ad eseguire il ristauro o la riedificazione ed a sopportarne la spesa o solo od in concorso di esso primo comproprietario, non ne venga ancora che il primo abbia facoltà di eseguire i suddetti lavori, ed incontrarne la spesa pel secondo.

Invece il secondo comproprietario che può venir astretto dal primo a ristaurare o riedificare ed a sopportarne la spesa o solo o in concorso del primo, parmi che debba in regola fare tutto ciò egli stesso.

Sicchè se il primo comproprietario lo ha fatto non lui si è impegnato in offerire al

Digitized by Google

Se lo ha fatto senza quel mandato e senza ratifica del secondo comproprietario, dovrebb' essere come amministratore della cosa altrui, appunto senza mandato, trattato per quelle spese secondo i §§ 1035 — 1040.

Anche pel Codice Napoleone mi sembra che nel caso concreto, il primo comproprietario il quale voglia pel secondo ristaurare o riedificare ed incontrare a tal uopo spese, non possa immischiarsi in quell' altrui affare senza averne mandato.

Se lo ha fatto con mandato, dovrebb' essere trattato secondo l' art. 1999.

Se, senza mandato e senza ratifica del secondo comproprietario, dovrebb' esserlo secondo che abbia bene o male per esso amministrato, a norma degli articoli 1374, 1375 di quest' ultimo Codice.

Quando poi, per quello che ho detto fin qui, il secondo proprietario sia obbligato ad abbuonare al primo, che ha ristaurato o riedificato, la spesa che questo ha incontrato per lui, il primo non ha perduto il diritto di domandargliela, quando non sia provato che glie l' abbia donata, perchè le donazioni non si presumono.

Se il primo comproprietario ha fatto conoscere di ristaurare o riedificare per la comunione, e d'altronde ha diritto ad abbuono di spese, lunge dal presumersi che le abbia donate al secondo comproprietario, si dee ritenere che si sia riservato di ripeterle da esso.

Nel dubbio se abbia ristaurato, riedificato e speso per proprio conto o per conto della comunione, non si presume che abbia donato al secondo comproprietario le spese che d' altronde fosse in diritto di ripetere da lui.

Ma se consta che abbia ristaurato, riedificato e speso, dichiarando validamente di farlo per solo proprio conto e non per quello della comunione, allora si potrebbe ritenere che abbia donato al secondo comproprietario la spesa che d' altronde fosse in diritto di ripetere da esso.

Ma da ciò non ne verrebbe ancora che l' oggetto comune ristaurato o riedificato fosse sottratto alla comunione e fosse divenuto proprietà esclusiva del ristaurante o riedificante.

L' azione spettante al comproprietario che ha ristaurato o riedificato l' oggetto comune, in confronto all' altro comproprietario obbligato ad abbuonargliene, e che gliene rifiuta la spesa, si è quella di chiamarlo in giudizio a quell' abbuono, e dove ne sia il caso anche ad indennizzazione, la quale ordinariamente consisterà negl' interessi di legge sulla somma capitale dell' abbuono suddetto.

Nel chiudere la presente annotazione soddisfo alla riserva che mi sono fatta nell' annotazione *g* al Capo XL.

Sempronio ha innalzato di più un muro comune, ovvero ha costruito su esso un'opera a proprie spese. Ha diritto in tutto od in parte all' abbuono di quelle spese?

Se il muro non è a lui comune, ossia se è un muro altrui, allora ha costruito sull' altrui.

Per le spese dell' innalzamento maggiore del muro sarà trattato giusta quello che ho detto nell' annotazione *r* I, al Capo XL.

Per quelle della costruzione della suddetta opera sarà trattato giusta quanto ho detto nell' annotazione *c* al Capo XXXII.

Se il muro poi è a lui comune, per l' abbuono delle spese dell' innalzamento maggiore di esso, veggasi quanto ho detto nell' annotazione *r* II al suddetto Capo XL.

E per l' abbuono di quelle della costruzione dell'opera, parmi applicabile quanto ho detto nell' annotazione *l* al Capo XXXIX.

Quel che vale infatti per l' edificio costruito da un comproprietario sull' area nuda comune, parmi che valer debba per la suddetta opera costruita da quel comproprietario su un muro comune.

(*d*) Uno di quei comproprietarii di un muro comune dei quali ho parlato nell' annotazione *b* lettera *B* del presente Capo vuole ristaurarlo o riedificarlo.

L' altro comproprietario corre in ciò pericolo di essere pregiudicato nei proprii diritti.

Come potrà tutelarsi secondo le leggi ora vigenti?

Parmi che spiegar debba il proprio dissenso a quei lavori.

Allora il primo comproprietario non potrà eseguirli di sua sola autorità e prima che nella ordinaria via giudiziale non venga contro il secondo deciso che possa eseguirli.

E quando gl' intraprendesse prima della giudiziale decisione, parmi che il secondo

Digitized by Google

comproprietario potrebbe contro di lui agire per turbato possesso a' termini della Sovrana Risoluzione 22 giugno 1825.

Mi sembra che anche il § 340 del Codice civile lo dica.

Per questo § il possessore di una cosa immobile o di un diritto reale che corra pericolo di essere pregiudicato nei proprii diritti colla costruzione di un nuovo edifizio di un'opera d'acque o *di un' altra opera* senza che l'imprenditore di esse abbia in suo confronto osservate le cautele *prescritte* dal generale regolamento giudiziario ha il diritto di domandare il divieto di simile innovazione dal giudice il quale dee decidere il caso colla maggiore sollecitudine, e tenendosi presenti le norme del § 341.

Ossia il suddetto possessore domandando quel divieto agisce per turbato possesso come lo spiegano i §§ 2, 8, 15 della suddetta Sovrana risoluzione.

Nel caso del quale ora mi occupo faccio sul § 340 le seguenti osservazioni.

1.° L'azione da esso contemplata spetta al possessore di una cosa immobile, dunque anche al secondo comproprietario del muro comune contro il primo.

Questo secondo comproprietario anche in faccia al primo è possessore di quel muro, secondo la idea che dà del possessore il § 309 del Codice civile.

Non ne è possessore solo ed esclusivo, ma ne è compossessore.

2.° Quell'azione spetta anche al possessore di un diritto reale su una cosa immobile.

Dunque spetta contro il primo anche al secondo comproprietario che sul muro comune oltre alla comproprietà abbia, p. e., diritto reale di servitù a vantaggio di un predio del quale sia esclusivo padrone.

Che possa acquistare ed avere quel diritto reale di servitù l'ho detto nell'annotazione *s* al Capo XL.

3.° La suddetta azione però spetta soltanto al possessore di un diritto reale su un immobile sia poi di proprietà, di comproprietà o di altra specie.

Dunque non ispetta al secondo comproprietario il quale avesse e facesse valere contro il primo, astrazione fatta dalla sua comproprietà, soltanto un diritto personale sul muro comune, come, p. e., se volesse agire secondo il § 340 nella unica qualità di conduttore, depositario, comodatario della parte ideale spettante al primo comproprietario, di una casa comune di cui fa parte quel muro comune.

4.° L'azione del § 340 limitata come al N.° 3, spetta contro il primo al secondo comproprietario del muro comune che corra pericolo di essere pregiudicato in un proprio diritto reale su quel muro, colla costruzione di un nuovo edifizio di un'opera d'acque o *di un'altra opera*.

Colle parole un'altra opera parmi che quel § voglia significare un'opera di qualunque specie, oltre alla costruzione di un nuovo edifizio e di un'opera idraulica.

Questa opera di qualunque specie parmi che sarebbe, non solo una riedificazione totale, non solo una riedificazione parziale, un compimento, un ristabilimento del muro comune mutanti lo stato anteriore di esso, ma eziandio un ristauro ossia aggiustamento del muro stesso bensì danneggiato ma rimasto intiero, nello stato di prima, che non muti quello stato, ristauro che nel § 340 crederei abbracciato dalla espressione generale *di un'altra opera*.

Dunque l'azione del § 340 spetterebbe al secondo contro il primo comproprietario del muro comune il quale di sua sola autorità procedesse anche al suddetto ristauro, presupposto sempre che per esso il secondo comproprietario corresse pericolo di essere pregiudicato in un diritto reale che gli spetti su quel muro.

Ne conchiuderei diversamente anche se quel ristauro non fosse veramente *l'altra opera* della quale parla il suddetto §.

Ritenuto, come ho detto fin qui, ch'esso § sia applicabile anche fra comproprietarii di un muro comune, qual è l'essenziale suo scopo?

Lo scopo, nel caso del quale mi occupo, n'è quello di vietare lavori arbitrarii relativi

Digitized by Google

5.° Ritenuto anche qui che il § 340 sia applicabile eziandio tra comproprietarii di un muro comune, l'azione che porta sarebbe contro il primo comproprietario che in quel muro avesse impreso un'opera, esercibile dal secondo che su quella cosa immobile possedesse un diritto reale qualunque, solo quando il primo non avesse in confronto del secondo osservato le cautele *prescritte* dal generale Regolamento giudiziario.

a In primo luogo, ciò s'intende naturalmente nei soli casi pei quali quelle cautele sono prescritte e non nei casi pei quali non lo sono.

In questi ultimi casi la suddetta azione compete al secondo contro il primo comproprietario, senza che si possa cercare se quelle non prescritte cautele sieno state o no osservate.

Ciò vale specialmente pel caso del ristauro del muro comune del quale ho parlato poco fa.

Per quel ristauro parmi che i §§ 68, 69 del Regolamento giudiziario non prescrivano cautele.

Le prescrivono infatti nei soli casi di costruzione di fabbriche, e veramente quel ristauro non mi sembra una costruzione di fabbrica.

b In secondo luogo l'azione del § 340 non è esercibile dal secondo contro il primo comproprietario che abbia osservato quelle cautele in un caso pel quale sono prescritte.

Esse si riducono al chiedere all'Autorità politica il permesso di fabbricare, all'ottenerlo, all'essere invece rimessi alla via giudiziaria, od al battere in questo ultimo caso quella via.

Chiesto all'Autorità politica dal primo comproprietario, pel muro comune, il permesso di fabbricare, parmi che il secondo comproprietario debba da essa essere sentito.

Se pel § 68 del Regolamento del processo civile dee essere sentito il vicino ed il confinante, sembrami che debba esserlo anche il secondo comproprietario, perchè se non è di più, non è per certo di meno di essi.

Ora se dopo sentito, il permesso politico di fabbricare fu accordato al primo comproprietario, ciò vuol dire che il secondo o non si è opposto od ha aderito alla fabbrica.

Dopo tale tacita od espressa adesione, pare ch'esso non possa più agire per turbato possesso secondo il § 340 del Codice civile.

Se invece quell'Autorità ha rimesso i due comproprietarii alla via giudiziaria, ciò vuol dire che il secondo non ha aderito o si è opposto alla fabbrica che vuol fare il primo, e che all'Autorità politica non riuscì di comporre amichevolmente le loro differenze.

In tal caso s'intende che il primo comproprietario non può fabbricare sino a che giusta il § 69 del Regolamento giudiziario non sia stato posto in confronto al secondo in libertà di farlo.

Se il primo comproprietario non può fabbricare e se non fabbrica, il secondo non ha motivo di esercitare contro di lui l'azione del § 340 del Codice civile.

Ma se quel primo comproprietario intraprende la fabbrica o senza aver chiesto il necessario permesso politico, o avendolo chiesto, prima di averlo ottenuto, o dopo di essere stato rimesso contro il secondo alla via giudiziaria, o prima di avere ottenuto in questo ultimo caso in quella via la facoltà di fabbricare, o finalmente quando il permesso politico gli sia stato negato, parmi che il secondo comproprietario agir possa contro di lui giusta il suddetto § 340.

Ciò parmi perchè il primo comproprietario non avrebbe osservato in confronto al secondo le cautele ordinate dai §§ 68, 69 del giudiziario Regolamento.

E parmi perfino che nei casi di permesso politico o non chiesto, o se chiesto non ancora ottenuto, ovvero negato, il secondo comproprietario possa chiedere all'autorità politica e debba da essa ottenere nel primo e secondo caso la sospensione, e nel terzo il toglimento della fabbrica dall'altro comproprietario intrapresa.

Digitized by Google

Non trattandosi di pubblico interesse essa dopo rimesse le parti al foro civile non sarebbe competente a sospendere la fabbrica che prima di avere esaurito, come ho detto di sopra, la via giudiziaria, il primo comproprietario intraprendesse.

Trattandosi invece d' interesse privato, pare che il divieto della fabbrica debba, giusta il § 340 del Codice civile, essere chiesto all'Autorità giudiziaria sola competente a decidere su tale domanda.

Però il § 7 Sezione I, del Regolamento sulle fabbriche per la città di Vienna pubblicato colla Circolare 13 dicembre 1829 del Governo della bassa Austria ha la seguente prescrizione:

Se anche l'Autorità politica ha rimesso le parti al foro civile, spetta ad essa decidere, se ed in quanto fino all' esito della lite in giudizio debba essere sospesa la fabbrica, o se debba essere accordato il permesso politico di fabbricare e con quale limitazione.

Il confronto di quel § colle normali pel nostro Regno delle quali ho parlato nell' annotazione *c* al Capo XLVIII, porrà i miei lettori in grado di giudicare se sia o no fondata la opinione che ho emessa in questo particolare.

6.° Chiudo la presente annotazione col supporre un altro caso.

Il secondo comproprietario di un muro comune è proprietario esclusivo di un vicino fabbricato

Il primo comproprietario vuole riedificare, ristaurare quel muro.

Queste operazioni espongono a pericolo di pregiudizio il suddetto fabbricato.

Ma il secondo comproprietario del muro comune, nella separata sua qualità di proprietario esclusivo del fabbricato, non ha diritto d' impedirle, onde allontanare da questo ultimo suo immobile il suddetto pregiudizio.

In quella separata sua qualità può esercitare l' azione del § 340 del Codice civile?

Mi sembra di no.

Perchè possa esercitarla dee correre pericolo di essere pregiudicato ne' suoi diritti.

Cioè nei diritti che gli spettano; cioè nei diritti che ha acquistato, e più precisamente nel diritto d' impedire il ristauro o la riedificazione del muro comune, diritto che a vantaggio del suo fabbricato ha acquistato in forma di servitù, per contratto, per ultima volontà, per usucapione secondo il § 480 del Codice civile.

Ma, come ho supposto, quel diritto d'impedire le suddette operazioni non gli spetta.

Non gli spetta dunque diritto, non ha dunque acquistato diritto, e se ciò è, non può dire di essere pregiudicato colla riedificazione e col ristauro in nessun suo diritto. Dunque non può impedire quelle operazioni appigliandosi all' azione del § 340, la quale non è esercibile se non da che corra pericolo di essere ne' suoi diritti pregiudicato.

Veggasi quello che sul § 340 giustamente ha osservato quel vigoroso ingegno dello Schuster al § 40 del Trattato sul diritto di fabbricare.

E veggasi quello che ho detto anche io nell' annotazione *a* al Capo XXXIII, esaminando la sentenza riportata dalla Sezione II dell' *Eco dei Tribunali* nell' anno 1854 a pagine 222.

(*e*) Sulla quistione a chi spetti riedificare o ristaurare il muro obbligato alla servitù *oneris ferendi* veggansi le annotazioni *e* al Capo XXXVII, e *c* al Capo XXIII.

(*f*) Se io mi sono obbligato, senz' altro aggiungere, a ristaurare a mie spese, cioè, come ho detto a principio del N. II dell' annotazione *b* al presente Capo, ad aggiustare un piccolo ponte altrui, danneggiato quantunque rimasto intiero, parmi che la spesa maggiore o minore che unicamente riguardi quel ristauro star debba a mio carico, perchè ho assunto l' obbligo di dar compiuto il ristauro stesso, qualunque poi ne possa essere il dispendio.

Ma se in corso del lavoro, per aver l' acqua allargato il canale sul quale è gittato quel ponte, fosse necessario di costruirlo più grande, parmi che non sarei obbligato a sopportare la spesa della più ampia sua costruzione perchè costruire il ponte piccolo in forma più grande non sarebbe ristaurarlo, ma sarebbe edificarlo nella parte da ampliarsi. Io poi mi sono obbligato ad un ristauro e non ad una edificazione.

Se mi sono invece obbligato a riedificare a mie spese quel piccolo ponte altrui senza altro aggiungere, dee intendersi che io abbia assunto l'obbligo di riedificarlo nelle dimensioni che avea al tempo in cui ho contrattato.

Digitized by Google

La spesa maggiore o minore della riedificazione in quelle dimensioni sta a mio carico.

Ma se riedificandolo fosse necessario di costruirlo più grande non sarei tenuto alla spesa della più ampia sua costruzione, perchè alla riedificazione si aggiungerebbe una parziale edificazione, e se mi sono obbligato a quella non mi sono obbligato a questa.

(*g*) Nel caso in cui il muro altrui inclinando per mezzo piede sulla mia casa mi facesse temere manifesto danno, il § 343 del Codice austriaco mi abilita a chiedere al proprietario di esso giudizialmente cauzione, quando l' autorità politica non avesse già sufficientemente provveduto alla pubblica sicurezza.

Parmi che il Codice Napoleone nulla intorno a ciò disponga.

Parmi cioè che nel suddetto caso non ammetta l' azione per la cauzione.

Bensì, quando sia avvenuto il suddetto danno, quegli per colpa, negligenza od imprudenza del quale è succeduto, deve, pegli articoli 1382, 1383 di quel Codice, ripararlo.

Ciò combina coll' altro art. 1386.

Delle leggi amministrative relative al caso in cui un fabbricato minacci rovina ho parlato nell' annotazione *b* N. I, al presente Capo.

(*h*) Intorno ai ristauri, compimenti, ristabilimenti ed anche alle fabbricazioni della cosa di cui uno ha l' usufrutto ed un altro la proprietà veggansi i §§ 513-516 del Codice austriaco.

Ed intorno alle riparazioni ed alle riedificazioni di quella cosa veggansi gli art. 605-607 del Codice Napoleone.

(*i*) Intorno all' obbligo dell' usuario di una cosa di conservarla in buono stato a proprie spese veggasi il § 508 del Codice austriaco.

Veggasi anche l' art. 635 combinato coll' art. 628 del Codice Napoleone.

(*k*) Per quel che riguarda un fondo od una casa locata si osservino i §§ 1096, 1097, 1117, 1118, 1119 del primo, e gli art. 1719 N. 2, 1720, 1723, 1724, 1754, 1755 del secondo di quei Codici.

(*l*) Pel § 1130 del Codice austriaco il proprietario utile deve conservare e coltivare il fondo del quale gli spetta appunto l' utile dominio.

Dunque il vassallo nel feudo, il conduttore ereditario, l' enfiteuta, il superficiario, che sono utilisti, dovendo conservare la cosa della quale hanno l'utile dominio, deggiono riedificare e ristaurare i fabbricati dei quali pel suddetto rapporto di diritto hanno il possesso.

Sebbene il Codice Napoleone non ne parli, pure le suddette divisioni di dominio esistevano nel Regno d' Italia, come ho detto nell' annotazione *c* al Capo XIV.

Non credo che per le leggi italiane in quanto ai ristauri ed alle riedificazioni, nel caso di quelle divisioni della proprietà, possano essere fatti valere principii diversi da quelli della legge austriaca.

(*m*) Pei §§ 1227, 1228 del Codice austriaco il marito è usufruttuario dell' immobile dotale. Talora ne ha acquistato la proprietà.

Come usufruttuario sono a lui applicabili pei ristauri, compimenti, ristabilimenti e fabbricazioni di quella cosa i §§ 513-516 di quel Codice.

Se è invece proprietario, quei lavori toccano a lui.

Per l' art. 1562 del Codice Napoleone il marito riguardo ai beni dotali è astretto a tutte le obbligazioni dell' usufruttuario.

Da questo lato per le riedificazioni e riparazioni gli sono applicabili gli art. 605-607

Digitized by Google

I ristauri, la riedificazione di quella casa spetterebbero dunque a chi ne ha la proprietà.

Anche chi percepisce la decima, ch'è una parte dei frutti del terreno, non ha l'obbligo di coltivarlo.

(*o*) La Chiesa e gli ecclesiastici in quanto paghino imposte regie, provinciali, comunali, le pagano perchè col loro prodotto vengano sostenute le spese dello Stato, della provincia, del Comune.

I ristauri e le riedificazioni di cui qui parla il nostro autore vengono fatti dallo Stato, dalla provincia, dal Comune, secondo che l' uno o l' altro di quegli enti morali ha la proprietà degli oggetti ristaurabili o riedificabili, e le spese in regola ne vengono soddisfatte dalle rendite prodotte dalle suddette imposte.

Mi richiamo su ciò all' annotazione *c* del Capo XLVII del pozzo.

(*p*) Intorno alla riedificazione di una chiesa parrocchiale, veggasi il Concilio di Trento, Sessione 21, Capo 7 *De reformatione.*

In quanto poi ai ristauri di chiese e case parrocchiali, l'Uffizio fiscale di Venezia, se ben rammento, ha sempre ritenuto che le spese ne incombano: 1.° a chi n' è soggetto per legittima consuetudine o per particolare convenzione; 2.° ai fondi a ciò destinati; 3.° ai beneficiati in luogo ove le prebende eccedessero il decente sostentamento; 4.° alle fabbricerie ove le rese di conto presentassero annui civanzi; 5.° ai patroni in chiese padronali; 6.° ai parrocchiani od al Comune.

(*q*) Acquista il giuspatronato su una chiesa chi l' ha dotata o edificata o ha dato il terreno per la sua edificazione. *Patronum faciunt dos, aedificatio, fundus.* Parmi che l'acquisterebbe anche chi l' avesse riedificata a proprie spese se crollata o in altro modo distrutta. Ma non parmi che un semplice ristauro di essa a proprie spese possa farlo acquistare.

(*r*) Pel § 233 del Codice austriaco il tutore non può senz' approvazione giudiziale intraprendere cosa alcuna in tutti gli affari che non appartengono alla ordinaria economica amministrazione, e che sono di maggiore importanza.

Potrà dunque senza quell' approvazione incontrare la spesa delle riparazioni ordinarie dei fabbricati spettanti al minore.

Fuori di ciò, se si trattasse di riparazioni straordinarie, di riedificazioni od edificazioni, parmi che dovrebbe ottenere quella giudiziale approvazione per non trattarsi di oggetti di amministrazione economica ordinaria e per trattarsi invece di cose d' importanza maggiore.

Per l' art. 450 del Codice Napoleone il tutore amministra i beni del minore da buon padre di famiglia.

Amministra, cioè dirige e maneggia gli affari di lui in quel modo.

In nessun articolo di quel Codice nella Sezione dell' amministrazione del tutore è proibito a questo di ristaurare, riedificare, edificare i fabbricati del minore senza autorizzazione del consiglio di famiglia o senza omologazione del Tribunale.

Dunque in generale sembra che possa farlo da se quando ciò sia necessario od utile pel minore.

In particolare sembra che possa farlo, tenendosi entro ai limiti delle somme cui secondo l'art. 454 ponno ascendere le spese annue per l'amministrazione dei beni di quello, sem-

Digitized by Google

to pel quale vuol farlo.

E se l' oggetto ne è quella ristaurazione, riedificazione od edificazione dei fabbricati del minore il consiglio di famiglia coll' autorizzarlo ad incontrare il prestito gli darebbe implicitamente la facoltà di eseguire quei lavori.

Mi pare poi che se anche gli avesse eseguiti con denari presi a prestito senza autorizzazione del consiglio di famiglia, tanto e tanto le spese che avesse in ciò incontrate a vantaggio del minore gli dovrebbero essere abbuonate, prescrivendo l' art. 471 del suddetto Codice che nel conto definitivo della tutela reso dal tutore si ammettono a favore di questo tutte le spese bastantemente giustificate il cui oggetto si riconosca vantaggioso.

(*s*) In quanto al ristauro della casa obbligata a servitù veggasi l' annotazione *c* al Capo XXIII.

(*t*) Per denuncia di nuova opera non potrei attualmente intendere se non l' impedimento da me frapposto alla cominciata costruzione di una nuova ovvero alla cominciata demolizione di una vecchia opera qualunque, o col difendere il mio possesso a termini e concorrendo gli estremi del § 344, o col domandare il giudiziale divieto del quale parlano i §§ 340-342 del Codice austriaco.

Secondo il diritto francese poi *la denonciation de nouvel oeuvre*, a quel che dice il Dizionario del Merlin alla relativa voce, è l'azione colla quale qualcuno si oppone in giudizio alla continuazione di qualche nuova intrapresa che creda essergli pregiudiziale.

(*u*) Per pia causa intenderei ogni stabilimento o fondazione, scopo della quale sia quello o di promuovere la religione, o di soccorrere i poveri e gli ammalati, o di dare istruzione od educazione, o di far prosperare le scienze e le arti.

Se ciò è, l' obbligo del ristauro, della riedificazione, o della edificazione di una casa di quel pio stabilimento o fondazione non potrebbe veramente dirsi esso stesso causa pia. Sarebbe invece obbligo verso di essa.

E riguardo ad una casa appartenente a quel pio stabilimento o fondazione quando chi n' è obbligato al ristauro, alla riedificazione, alla edificazione ne vien dispensato, è veramente liberato dal suddetto suo obbligo verso quella pia causa.

Digitized by Google

CAPUT LX.

DE PONTICELLO.

I. *Ponticellos seu pontes super domibus privatorum appensos, et pendentes super viam vel solum publicum, an de jure communi quis tenère possit.* — II. *Stillicidii per aedificationem super solum publicum, illius soli dominus aliquis non efficitur.* — III. *Ponticellum aedificare super solum publicum ex concessione facta a principe, vel senatu, aut ex gubernatione civitatis, vel ex consuetudine, vel ex forma statuti si licitum sit, et quis in dictis casibus velit aedificare pontes ita latos et longos, quod inferatur damnum, vel incommodum et impedimentum vicinis, seu transeuntibus cum plaustris, et animalibus oneratis, qui commode pertransire non possunt, an hujusmodi ponticellos aedificare possit.* — IV. *Generalis concessio semper intelligitur, quod sine damno et alterius incommodo fiat.* — V. *Aedificandi licentia in loco publico sine incommodo et damno alterius concessa intelligitur, nisi expresse dicatur, etiam cum alterius damno et incommodo.* — VI. *Incommodum maximum, vel magnum, vel parvum, judicis arbitrio dicitur.* — VII. *Consuetudo vel statutum si dictaverit, quod ponticelli super viam publicam fieri possint, et duo sint, unus ex una parte stratae, et alius ex alia, an eorum quilibet cum ponticelli ad stratae medietatem se extendere poterit.* — VIII. *Promiserim si tibi dare viam ad fundum tuum per fundum meum, an supra viam pontem facere potero.* — IX. *Ponticelli super solum commune per unum ex sociis an aedificari possint.* — X. *Domum unam si ab utraque parte viae habeam, et pontem supra solum publicum: vel etiam supra privatum, vel communem in casu permisso, an si unam domum de domibus meis vendam, videar pontem cendere, qui in alia domo requiescit.*

I. *Consueverunt in multis civitatibus et locis ponticelli seu pontes appendi super domibus privatorum pendentes super viam publicam vel solum publicum, hunquid de jure quis eos tenere possit, vel de novo fabricare? et dicendum est, quod*

CAPO LX.

DEL POGGIUOLO O CAVALCAVIA.

I. Se pel Diritto Comune alcuno possa tener poggiuoli o cavalcavie appesi alle case de'privati e pendenti sulla strada o sul suolo pubblico? — II. Per la fabbrica dello stillicidio sopra il pubblico suolo, il padrone di quello non diventa padrone di questo. — III. Se sia lecito fabbricare poggiuoli sopra il pubblico suolo per concessione del principe, o del senato e del governo della città, oppure per consuetudine o per disposizione dello statuto; e se quando taluno nei detti casi voglia fabbricare cavalcavie così lunghi e larghi, che rechino danno od incomodo od impedimento ai vicini, oppure a quelli che passano con carri od animali carichi, i quali non possano comodamente passare, tali poggiuoli o cavalcavie si possano da lui costruire. — IV. La concessione generale s'intende sempre che sia fatta senza danno ed incomodo altrui. — V. La licenza di fabbricare nel pubblico suolo s'intende concessa colla clausola, *senza danno ed incomodo altrui*, se però espressamente non sia detto: *anche con altrui danno ed incomodo.* — VI. All'arbitrio del giudice è rimesso il decidere quale sia incomodo massimo, o grande, o piccolo. — VII. Se la consuetudine o lo statuto dispone che si possano costruire poggiuoli sopra la pubblica strada, e due proprietarii vi siano, l'uno da una parte della via, l'altro dall'altra, potrà ciascuno di essi protendersi coi poggiuoli sino alla metà della strada? — VIII. S'io t'ho promesso di darti strada nel mio fondo per andare al tuo fondo, potrò costruire un cavalcavia sopra la detta strada? — IX. Se uno dei socii possa fabbricare poggiuoli o cavalcavie sopra il comune terreno. — X. Se io ho una casa posta dall'una e dall'altra parte della strada, ed un cavalcavia sopra il suolo pubblico, oppure anche sopra il privato od il comune nei casi permessi, ed una delle due case io venda, sembrerà forse ch'io abbia venduto anche il cavalcavia che posa sull'altra?

I. Fu ed è costume in molte città e luoghi di appendere poggiuoli o cavalcavie alle case di privati sopra la pubblica strada o sopra il pubblico suolo. Si dimanda, se alcuno possa tenerne di diritto, o fabbricarne di nuovi? E si deve rispondere, che

Digitized by Google

non regulariter (1), *nisi consuetudo esset in contrarium* (2), *vel nisi esset concessum a principe, vel senatu, vel administratore civitatis potestatem habente* (3), *vel nisi esset permissum a statuto* (4), *ibi, si vero lex municipalis, vel nisi esset praescriptum, scilicet per tantum tempus, quod non extet memoria in contrarium: quia tale tempus habet vim concessionis et privilegii* (5), *vel nisi essent facti patiente vicino, et nemine contradicente, nec praetore prohibente: quia tunc non deberent demoliri, ne urbs deformetur ruinis* (6), *vel nisi essent ponticelli sub stillicidio domus, quatenus stillicidia se protendunt, eo tamen casu, quo solum, quod est sub stillicidio, fit ejus, cujus est stillicidium sive domus, quod quando fit, vide quae plene dixi supra* de servitut. *stillicidii avertendi in* 9. *quaest., et adde praedictis quae dixi supra* de servitut. protegendi, in 4. quaest. *et supra* de stillicidio sive tecto. *Circa tamen praedicta aliter considerando potest ita distingui: quandoque ponticellus transcendit viam, quia forte unus habet duas domos: et in medio earum est via publica, an sit licitum eum habere pontem, per quem itur de una domo ad aliam: vel etiam ut quandoque vidi, per talem pontem non potest iri de domo in aliam: tamen transcendit totam viam, et requiescit in alia domo ultra viam et solum publicum: et his casibus non licet habere in est text.* (7), *nisi consuetudo, vel statutum, vel princeps, aut senatus, aut praescripto hoc permitteret, per ea quae supra dicta sunt. Quandoque ponticellus non transcendit totam viam, sed pendet super via vel solo communi: quandoque nullum est desuper stillicidium, et idem eadem ratione, quia*

di regola non si può tenerne o fabbricarne, eccetto il caso in cui vigesse una contraria consuetudine, o vi fosse concessione del principe, o del senato, o dell' amministratore della città avente sì fatto potere; o che lo statuto il consentisse; o che vi fosse prescrizione, cioè di tanto tempo che non resti memoria in contrario, perchè tal tempo ha forza di concessione e privilegio; oppure che i detti poggiuoli fossero costrutti con pazienza del vicino, senza opposizione di alcuno, e senza proibizione del pretore, perchè in tal caso non si dovrebbero distruggere onde non deturpare la città con le rovine; oppure che stessero sotto lo stillicidio della casa per quanto si protende, nel solo caso però che il suolo sottoposto allo stesso fosse di colui cui appartiene la casa o stillicidio; il che quando avvenga, vedi pienamente nella servitù di *divertire lo stillicidio, quest.* 9.ª ed aggiungi altresì ciò ch' esposi in quella di *protendere* nella 4.ª questione, ed in quella dello *stillicidio o tetto.* Tuttavolta circa le predette cose, altrimenti considerando, si può distinguere nel modo che segue. Talora il poggiuolo trapassa la strada (ed allóra si dice *cavalcavia*) perchè taluno per avventura ha due case, ed in mezzo di esse sta la pubblica strada; gli sarà forse permesso di avere sì fatto cavalcavia pel quale si va dall'una all'altra casa? Talvolta altresì, com' io vidi, non si può andare da una casa all'altra per questo cavalcavia, il quale nondimeno trapassa tutta la strada e poggia nell' altra casa al di là della strada o suolo pubblico; ed in questi casi non è permesso di tenerlo, come si ritragge dai testi e da' Dottori, eccetto il caso in cui la consuetudine, o lo statuto, od il principe, od il senato o la prescrizione il consentissero, per quelle cose che sopra abbiam dette. Talvolta il poggiuolo non attraversa tutta la strada, ma pende sopra di essa o sopra il suolo comune, e talora non vi è alcuno stillicidio di sopra; ed avverrà lo stesso per la medesima ragione, dacchè sta sopra il

(1) *Ut in l.* 2. § *tractatum, et ibi gloss. ne quid in loco public. et in l. fin. ne quid in flum. public. in princip. et ibi Flor. de servitut. et in l. qui sellam.* [illegible]

(6) *L.* 2. § *si quis nemine prohibente, ne quid in loco public. et l. fin. eod. tit. et not. per gloss. in l. moeniana, C. de aedific. priv.* [illegible]

Digitized by Google

est super communi. Quandoque stillicidium desuper, et tunc aut ponticellus se extendit ultra stillicidium: et idem eadem ratione. Aut ponticellus se non extendit ultra stillicidium, sed in tantum, vel minus; et tunc videtur quod possit licite fieri et teneri, per l. fin. § fin. de serv. urb. praed. *intelligendo, quod lex illa locum habeat, etiam quando solum, quod est sub stillicidio, sit publicum.*

II. *In dubio tamen ego teneo contrarium, videlicet quod per aedificationem stillicidii super solum publicum aedificans non efficiatur dominus illius soli, ut dixi supra de servitute stillicidii avertendi. Sed horticellus, et sim. ex quibus non timetur damnum transeuntibus, bene possunt apponi, etiam supra solum publicum* (1), *et praedicta procedunt, nisi per statutum esset aliter permissum, vel de consuetudine aliter servaretur* (2), *vel nisi hoc esset permissum a principe vel superiore, aut praescriptum* (3). *Quandoque ponticellus aedificatur non super solo vel via communi, sed super solo alieno privato, vel communi cum uno privato: et tunc distingue in omnib. et per omnia, ut supra dictum est, quando aedificatur in solo publ. excepto, quia si habet stillicidium, quatenus se protendit, potest ponticellum fabricare* (4).

III. *Circa praedicta dubitari potest, quid si est licitum aedificare ponticellum supra solum publicum ex concessione facta a principe, vel senatu, aut ex gubernatione civitatis, vel ex consuetudine, vel ex forma statuti, et quis vult aedificare dictis casibus ponticellos ita latos et longos, quod inferunt damnum vel incommodum et impedimentum vicinis transeuntibus cum plaustris et animalibus oneratis, qui non possunt commode pertransire, vel etiam alter, an possit hujusmodi ponticel-*

suolo comune. Talvolta vi è lo stillicidio di sopra, ed allora, od il poggiuolo si estende oltre lo stillicidio, e sarà lo stesso per la stessa ragione. Od il poggiuolo non si estende oltre lo stillicidio, ma fino a quel punto o meno, ed allora sembra che possa lecitamente costruirsi e tenere, in virtù della legge *fin.* § *fin. ff. de serv. urb. praed.*, intendendosi, che quella legge abbia luogo anche allorquando il suolo che sta sotto lo stillicidio sia pubblico.

II. Nel dubbio nondimeno io penso il contrario, cioè che per la costruzione dello stillicidio sopra il pubblico suolo il fabbricante non diventa padrone di quel suolo, come dissi più sopra circa la servitù di divertire lo stillicidio. Ma l' orticello e simili cose, dalle quali non può temersi danno per chi passa, si possono bene attaccare e sospendere anche sopra il suolo pubblico; e le or dette cose procedono, qualora per lo statuto non fosse altrimenti disposto, o non si praticasse altrimenti per consuetudine, o ciò non fosse permesso dal principe o da chi comanda, o non fosse prescritto. Talvolta il poggiuolo si fabbrica non sopra il suolo o strada comune, ma sopra l' altrui suolo privato, o comune con un privato; ed allora distingui in tutto e per tutto come sopra fu fatto circa la fabbricazione nel pubblico suolo, eccettuato il caso, che alcuno abbia lo stillicidio, perchè fin dove questo si protende, può costruire il poggiuolo.

III. Intorno alle predette cose però si può dubitare, se qualora sia permesso fabbricare poggiuoli sopra il pubblico suolo, o per concessione del principe o del senato o del governo della città, oppure per consuetudine o per disposizione di statuto; ed alcuno voglia nei detti casi costruire poggiuoli così larghi e lunghi che rechino danno, incomodo, od impedimento a' vicini ed a coloro che passano con carri od animali carichi, i quali non possano agevolmente passare, od altro eziandio, costui possa forse

Digitized by Google

casu tales ponticelli et similia aedificia quae obstant usui publico, debent deponi (1). *Aut est data certa forma aedificandi, et tunc subdistinguo: Aut illa forma est generalis, puta quod quilibet promisit ponticellos facere per totam civitatem, tam de lignis, quam de lapidibus pro libito voluntatis: et tunc dicas idem quod in praecedenti.*

IV. *Quia in generali concessione intelligitur semper, quod sine damno et incommodo alterius fiat: ut est gloss. not.* in d. § si quis a principe in gloss. in princip.; *dum dicit neque sic conceditur, scilicet generali concessione, etc. et allegat ad hoc jura. Aut illa forma concessionis et licentiae est simplex: quia dum simpliciter dicitur, quod possint ponticelli fabricari super solum publicum, et idem dicendum est: quia si in generali concessione* (*) *intelligitur sine incommodo et damno alicujus, multo fortius in simplici* (2), *dum dicit, si quis a principe simpliciter impetraverit, ut in publico loco aedificet; et ibi gloss. in princ. dum dicit, in generali concessione vel simplici. Aut ista forma concessionis vel licentiae est specialis, puta quod potest fabricare ponticellos in tali contrata, vel tali domo; et idem eadem ratione, quia in dubio dicendum est quod concedens intellexerit sine injuria et incommodo alicujus, quia quotiescunque aliquid fieri permittitur, ita permitti oportet, ut sine injuria cujusquam fiat* (3). *Aut forte singularis, puta quod quis possit fabricare ponticellos supra solum publicum tantae altitudinis et longitudinis et latitudinis: tunc secundum formam illam possunt fieri, pro hoc est text. cum gloss. not.* in l. 1. C. de aedifi. privat. *quae ponit exemplum, quando est statutum certis modis aedificandi, sicut est Florentiae* (4), *puto tamen quod hoc casu intelligatur talis concessio singularis sine incommodo alterius, per praedi-*

chicchessia; ed in questo caso siffatti poggiuoli e simiglianti edificii che s'oppongono al pubblico uso, si devono torre. O non è data facoltà certa di fabbricare, ed allora suddistinguo: O quella forma di concessione è generale, per esempio, che a chiunque sia permesso costruire poggiuoli in tutta la città sì di pietra che di legno a suo beneplacito; ed allora dirai lo stesso come nel caso precedente.

IV. Perchè nella concessione generale si sottintende sempre, che si faccia *senza pregiudizio ed incomodo degli altri*, come dice una glossa notabile sul § *si quis a principe* della legge 2 *merito ff. ne quid in loc. pub.*, la quale reca: *neppure in tal modo si concede, cioè colla generale concessione*; ed allega in sostegno parecchi testi. O quella forma di concessione e licenza è semplice; perchè dice semplicemente, che si possano costruire poggiuoli sopra il pubblico suolo, e deve dirsi lo stesso; avvegnachè se nella concessione (*) generale si sottintende la clausola *senza incomodo e danno altrui*, a molto maggior ragione la si sottintenderà nella semplice per il citato §, il quale soggiunge, *se taluno avrà implorato semplicemente dal principe la facoltà di fabbricare nel luogo pubblico*, e per la glossa ch' ivi nota *nella concessione generale o semplice*. O tale forma di concessione o licenza è speciale, esempigrazia, che Tizio possa fabbricare poggiuoli in una determinata contrada o casa; e si dirà lo stesso per la ragione medesima, perchè nel dubbio si deve credere che il concedente abbia inteso di permettere senza ingiuria ed incomodo altrui, essendochè quante volte si permette di fare qualche cosa, conviene che il permesso sia tale che si possa fare senza nocumento di chicchessia. O tal forma è per avventura singolare, verbigrazia, che taluno possa costruire poggiuoli di tanta altezza, lunghezza e larghezza sopra il pubblico suolo; ed allora si possono fabbricare secondo quella forma, come dice la glossa sulla legge 1.ª *Cod. de aedif. priv.*, la quale offre l' esempio di uno statuto che permette di fabbricare in modi determinati, come avviene in Firenze. Io stimo però che in questo caso tale concessione singolare si debba inten-

Digitized by Google

cta jura: et per hanc rationem, quia in dubio concessio quantumcunque specialis et singularis, semper intelligitur sine damno et incommodo alterius, nisi in concessione dicatur expresse, etiam si hoc faciat damnum vel incommodum alteri (1), *et isto modo debet limitari dicta gloss. videlicet* (2).

V. *Et sic not. quod in omnibus praedictis casibus intelligitur concessio vel licentia aedificandi in loco publico, vel supra solum publicum sine damno et incommodo alterius, nisi expresse dicatur, etiam cum damno et incommodo alterius. Et praedicta concessio scilicet quod possit aedificari cum incommodo et damno alterius valet* (3), *sed intelligitur de damno sive incommodo parvo* (4), *aut de maximo sive magno* (5), *et ita debet intelligi* (6), *et tenet ibi gloss. et* in d. § si quis a princ. in ver. impetraverit, *in 2. solutione, quam puto veram, facit ad hoc quod not. Barthol.* (7), *nisi in concessione fuerit dictum, etiam cum maximo damno, vel incommodo alterius* (8).

VI. *Quomodo autem dicatur maximum vel magnum, vel parvum incommodum, vel damnum? Dic arbitrio judicis* (9). *Item quaero quis dicatur damnum pati? Dic quando quis commodum amittit, quod ex publico consequebatur tale, quale sit; et ideo si cui prospectus, aut si cui aditus fit deterior sive angustior, dicitur damnum pati: et agere potest* (10). *Et intelligo sive istud damnum concernat publicam utilitatem, sive privatam: quoniam loca publica privatorum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis, non quasi propria cujusque* (11), *quae omnia singulariter tenementi, non solum pro ponticellis, sed etiam pro quibusdam aliis aedificiis factis in loco publico.*

VII. *Quid autem si, stante statuto vel consuetudine, quod ponticelli possint fieri super viam publicom, et duo sunt, unus ex una parte stratae, alius ex alia: an*

in forza dei citati testi, ed inoltre per questa ragione; che nel dubbio la concessione, per quanto speciale e singolare che sia, sempre s' intende fatta senza pregiudizio ed incomodo d' altri, eccetto il caso in cui nella concessione si dica espressamente: *ancorchè ciò rechi danno od incomodo ad un altro*; ed in questo modo dev' esser limitata la glossa predetta.

V. E però deve notarsi che in tutt' i suesposti casi la concessione o licenza di fabbricare nel pubblico luogo o sopra il pubblico suolo, s' intende fatta senza pregiudizio ed incomodo altrui, ove non sia detto espressamente: *ancorchè rechi danno od incomodo ad altri*. E la predetta concessione, che, cioè, si possa fabbricare con danno ed incomodo altrui, ha vigore, ma s' intende riguardare il danno od incomodo lieve, non già il massimo o grande: lo che è tenuto dalla glossa sul detto § *si quis vers. impetraverit*, nella 2.ª soluzione, la quale stimo vera; e giova al proposito ciò che dice Bartolo, cioè: se però nella concessione non sia stato detto, *anche col massimo danno ed incomodo altrui*.

VI. Quale poi si dirà danno od incomodo massimo, grande, o piccolo? Rispondi: ciò è rimesso all' arbitrio del giudice. Del pari dimando, chi si dica soffrir danno. Rispondi: quando taluno perde il vantaggio qualunque sia, che dal pubblico conseguiva; e però se ad alcuno si renda peggiore o più ristretto il prospetto o l' accesso, quegli dirà patir danno e potrà agire in giudizio. Ed intendo ciò procedere, sia che questo danno concerna la pubblica utilità od il privato vantaggio, perchè i luoghi pubblici servono agli usi de' privati, ma per diritto della città, non già perchè sieno proprii di chiunque. Le quali tutte cose singolarmente ricorda, non solamente per i poggiuoli, ma eziandio per alcuni altri edificii costruiti in luogo pubblico.

VII. Che sarà poi se, vigendo lo statuto o la consuetudine, che i poggiuoli si possano costruire sopra la pubblica strada, vi sieno due proprietarii, l' uno da una parte

Digitized by Google

quod sic, et non ultra: sicut dicitur in alveo et in aqua communi, et insula (1), *et ita tenet Bald.* (2). *Et ex hoc not. quod ubicumque est permissum supra solum publicum aedificare ponticellos, non est licitum aedificare, nisi usque ad medietatem soli publici in medio existentis, et idem, si possit aedificari supra solum commune, quod est not.*

VIII. *Item quid si prompsi tibi dare viam ad fundum tuum per fundum meum, an supra viam possim facere pontem? Dic quod sic, vel etiam ponticellum, si tibi non nocet, et mihi prodest* (3), *quia solum est meum, et non tuum: et supra meum aedifico, et ibi non officio. Ambulabis ergo subtus pontem vel ponticellum meum: et satis est ibi, quia non in plus teneor, ita dicit Bald. et bene* (4), *qui dicit, quod ita de facto vidit Florentiae.*

IX. *Dictum est supra nunquid ponticelli possint aedificari supra solum publicum vel privatum: sed nunquid possint aedificari supra solum commune per unum ex sociis? Et dicas quod non* (5).

X. *Sed quid si habeo ab utraque parte viae unam domum et pontem supra solum publicum, vel etiam supra privatum vel commune in casu permisso: an si vendo unam de domibus meis, videar vendere pontem qui requiescit in alia domo? vide* l. quod conclave, de damn. infect., *et quod ibi not. Bart. et Dd. et quod not. Bald.* (6). *Ultimo adde praedictis quae dixi supra de serv.* protegendi, *in* 6. *quaest. et quae dicam in seq. tit.* de moenianis.

(1) *Ut Instit. de rer. divis.* § *insulam.*
(2) *In l. item lapilli, ut in ult. col. de re divid.*
(3) *L. hoc jure,* § *fin. de aqua quotid. et aestiv.*
(4) *In d. l. item lapilli, in pen. quaest.*

(*) *Generali conces.* Generalis clausula continet omnia nisi contraria mens appareat (1). Non enim

alla metà di detta strada? Rispondi che sì, e non più oltre, come si dice rispetto all'alveo ed all'acqua comune, e rispetto all'isola, in virtù de' testi e per opinione di Baldo. Dal che proviene il notabile, che in qualunque luogo dove è permesso fabbricar poggiuoli sopra il pubblico suolo, non è lecito fabbricare se non fino alla metà del suolo pubblico interposto, ed egualmente qualora sia permesso fabbricare sul suolo comune; lo che deve notarsi (*a*).

VIII. Parimenti che si dirà, s'io t'ho promesso di darti strada nel mio fondo affinchè tu vada al fondo tuo? Potrò io forse costruire un cavalcavia sopra la stessa strada? Rispondi che sì, oppur anche un poggiuolo, qualora a te non nuoccia ed a me giovi, perchè il suolo è mio e non tuo, e fabbrico sopra il mio e non t' impedisco. Camminerai pertanto sotto il mio cavalcavia o poggiuolo, e ciò sarà bastante per te, dacchè non sono obbligato a fare di più. Così dice Baldo e bene, il quale soggiunge che ciò vide accadere di fatto in Firenze (*b*).

IX. Fu considerato di sopra se i poggiuoli si possano costruire sopra il suolo pubblico o privato; ma si potranno essi poi fabbricare da uno dei socii sopra il suolo comune? Rispondi che no (*c*).

X. Ma che sarà di diritto, se io abbia dall' una e dall' altra parte della strada una casa ed un cavalcavia sopra il pubblico suolo, oppur anche sopra il privato o comune in uno de' casi permessi; se io vendo una di dette mie case, sembrerà forse ch' io venda anche il cavalcavia che poggia nell' altra? Vedi la legge *quod conclave ff. de damno infecto*, e ciò che notano Bartolo, Baldo ed i Dottori. Da ultimo aggiungi alle predette cose ciò che ho detto più sopra nella servitù *di sportare*, e ciò che dirò nel seguente capo (*d*).

(5) *Ut d. l. si duo,* § *Labeo, et ibi hoc not. Bart. uti possid.*
(6) *In d. l. item lapilli in ult. column.*

(*) *Generali concessioni.* La clausola generale contiene tutto, qualora non apparisca una diversa

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO LX.

(*a*) Come ho detto nell' annotazione *b* al Capo XLIV crederei che per *meniani* si dovessero intendere i poggiuoli o terrazzini, cioè secondo il Vocabolario domestico del Carena quei piani orizzontali per lo più di pietra che fanno aggetto nella parete esteriore della casa davanti ad una finestra che non abbia parapetto, e che sono ricinti da ringhiere o da balaustri.

Di questi parmi che il nostro autore parli nel susseguente Capo.

Nel presente Capo poi egli parla del ponticello.

Distinguendolo egli dai meniani parmi che intenda per esso qualunque altra opera che sporga fuori della dirittura del muro di una casa e che non sia veramente poggiuolo.

Questo ponticello poi può sporgere più o meno fuori di quel muro.

Quando consista in un arco od altra simile costruzione a foggia di ponte per lo più coperto sopra una via ad uso di traversarla in alto e passare da un edifizio all' altro, allora secondo il suddetto vocabolario domestico del Carena dicesi cavalcavia.

Questo cavalcavia può partir poi da un edifizio, traversare in alto la via e poggiare su un altro edifizio, senza dare accesso dall' uno all' altro di essi.

Ora questo ponticello di qualunque specie sia può sporgere in alto della mia casa sopra il sito ove passa, fermasi, radunasi il pubblico come su una pubblica via, su una piazza ecc.

Può sporgere invece sopra il suolo mio, ovvero comune a me e ad altri, ovvero altrui:

1.° Quando io voglia farlo sporgere dalla mia casa sul sito ove passa, fermasi, radunasi il pubblico, vale tutto quello che relativamente al permesso ed alla ingerenza dell' autorità politica amministrativa, ho detto nell' annotazione *d* al Capo XXXII.

Mi par chiaro che quell' autorità non mi accorderà il permesso di farlo sporgere sul suddetto pubblico sito, se non sotto condizione che colla mia opera io non arrechi danno od incomodo ai passanti od ai vicini.

E parmi anche che quando quel ponticello già esistesse sopra il pubblico sito, allorchè i riguardi pubblici di sicurezza, di ornato ecc. ne esigessero perfino la demolizione l'autorità politico-amministrativa potrebbe ordinarmela e farla eseguire senza che io per conservarlo potessi richiamarmi a nessun tempo di prescrizione.

2.° Quando io voglia farlo sporgere dalla mia casa sopra il mio suolo, vale ciò che ho detto per l' abbaino sul mio tetto nell' annotazione *c* al Capo XLI.

3.° Volendo poi farlo sporgere dalla mia casa sopra il suolo a me e ad altri comune, ovvero sopra il suolo altrui, vale ciò che ho detto nelle annotazioni *a*, *b* al Capo XXXII della servitù *protegendi*, e *b* al Capo XLI, del tetto.

4.° Se poi volessi che quel mio ponticello partendo dal muro della mia casa toccasse il muro di altra casa a me ed a' miei consorti comune, od altrui, o mi desse passaggio da quella a questa casa, parmi che non potrei farlo se non ne avessi acquistato diritto in confronto agli altri comproprietarii ed al proprietario di questa ultima casa.

5.° Parmi finalmente che anche nei casi ai n. 2, 3, 4, non potrei per le leggi vigenti costruire il suddetto mio ponticello senza il permesso dell' autorità politico-amministrativa, e senza che sieno esaurite le pratiche dei §§ 68, 69 del regolamento del processo civile, perchè lo considero una fabbrica.

(*b*) Se ho permesso ad altri il passaggio pel mio onde andare al suo fondo, mi par chiaro che sopra il sito pel quale avrà luogo quel passaggio io posso erigere un ponticello perchè costruisco sul mio. Però con quell' opera non posso nè impedire nè rendere più difficile all' altro il passaggio quale gliel' ho permesso.

(*c*) Alla quistione qui promossa dal Cipolla ho risposto nell' annotazione *a* n.° 3 del presente Capo.

(*d*) 1.° Se ho tra due mie case un cavalcavia destinato a farmi passare dall'una all'altra di esse, e se una ne vendo e l'altra ritengo senza che il contratto di compra-vendita in generale faccia cenno di esso, e senza che in particolare lo assegni ad una delle due

Digitized by Google

case soltanto, parmi che come pertinenza di ambedue sarà fra le due case comune, come ho detto riguardo al portico nell'annotazione *e* al capo XLIV.

Ma se esso è comune ad ambe le case, e se sua naturale ed essenziale destinazione si è quella di dare da ognuna delle due case accesso all'altra, può chiedersi se ognuna abbia poi veramente diritto di accedere per esso all' altra.

Per l'affermativa stanno le seguenti ragioni.

Per l' art. 694 del Codice Napoleone, quando il proprietario di due fondi, fra i quali esiste un segno apparente di servitù, dispone di uno di essi senza che il contratto contenga nessuna convenzione circa alla servitù, questa continua ad esistere attivamente o passivamente in favore del fondo alienato o sul fondo alienato.

Nel caso concreto io era proprietario dei due fondi, cioè delle due case.

Esiste fra esse segno apparente di servitù, cioè il cavalcavia destinato per sua natura ed essenza a dar accesso da una di esse all' altra.

Il contratto con cui ho venduto una di quelle case non fa alcun cenno della servitù.

Dunque essa continua ad esistere passivamente od attivamente fra le due case anche dopo la vendita che ho fatto di una di esse.

Dunque ognuna di quelle due case ha diritto di accedere pel comune cavalcavia all' altra.

Ciò dee dirsi anche stando al § 863 del Codice austriaco.

Per esso la volontà si può dichiarare non solo espressamente con parole e con segni universalmente ricevuti, ma tacitamente ancora con atti tali che ponderate tutte le circostanze non lascino alcun ragionevole motivo di dubitarne.

Nel caso concreto il cavalcavia è pel § 294 pertinenza di ambedue le case perchè ad esse continuamente connesso.

Dunque non avendolo il contratto di compra-vendita assegnato soltanto ad una, è ad ambedue comune.

Ma naturale ed essenziale destinazione di esso si è quella di dare accesso da ognuna di quelle due case all'altra.

Quella sua destinazione non fu nè tolta nè mutata dal contratto di compravendita che non fa alcun cenno di esso.

Dunque fu conservata anche dopo che ho venduto una di quelle case ritenendone l'altra.

Dunque continua tra me ed il compratore di una di quelle case per tacito nostro consenso, sul quale veduta la naturale ed essenziale destinazione del cavalcavia nè tolta nè mutata nel nostro contratto, non vi può essere ragionevole motivo di dubbio.

Dunque anche dopo la vendita da me fatta di una di quelle case, ognuna di esse ha diritto di accedere come prima, pel comune cavalcavia all'altra.

Per la negativa invece stanno le seguenti ragioni.

Secondo il Codice Napoleone:

Venduta da me una di quelle mie case e conservata l'altra, se io come proprietario di questa ed il compratore come proprietario di quella vogliamo aver diritto di passare pel cavalcavia comune da una all'altra, a quale servitù facciamo pretensione?

Mi sembra a quella di accedere pel cavalcavia dall'una all'altra.

Questa servitù è secondo l'art. 689 apparente perchè la opera esteriore del cavalcavia la manifesta.

Ma essendo necessario un fatto attuale dell'uomo, cioè quello dell'accesso, per esercitarla, è per l'art. 688 discontinua.

Come servitù discontinua ed al tempo stesso apparente, non potevamo per l'art. 694 acquistarla se non mediante un titolo (documento scritto).

Ma non l'abbiamo acquistata mediante quel titolo, perchè il nostro contratto di compravendita non fa alcun cenno di esse.

In nessun caso può dirsi che l'abbiamo acquistata per possesso, perchè pel suddetto articolo, come servitù discontinua ed apparente, nessun possesso sebbene immemorabile basta a stabilirla.

Non l'abbiamo acquistata finalmente nemmeno per la così detta destinazione del padre di famiglia, della quale parlano gli articoli 692, 693 694, perchè quella destinazione tien luogo di titolo onde acquistare le sole servitù continue ed apparenti e non una servitù discontinua ed apparente come sarebbe la nostra.

Digitized by Google

Non essendo dunque stata acquistata come dovea esserlo mediante un titolo; non potendo essere stata acquistata nè per possesso nè per destinazione del padre di famiglia, nè potendosi parlare secondo l'articolo 695 di titolo di ricognizione perchè si tratta del di lei acquisto e non della ricognizione di questo acquisto, essa non sussiste perchè non trovasi nel Codice Napoleone modo diverso col quale potesse venir acquistata.

Alcuni però sostengono ch'essa sussista e che quel modo diverso del di lei acquisto si trovi appunto nell'art. 694 del suddetto Codice.

E per sostenerlo dicono non esser vero che tutti e tre gli articoli 692, 693, 694 del Codice Napoleone parlino della destinazione del padre di famiglia che tiene luogo di titolo per le sole servitù continue ed apparenti.

Dicono essere invece vero, che mentre gli articoli 692, 693 stabiliscono essere quella destinazione che tien luogo di titolo, modo di acquistare le servitù continue ed apparenti, l'altro art. 694 ammette un modo diverso di acquisizione in riguardo alle servitù apparenti tanto continue quanto discontinue.

Conchiudono quindi che l'art. 694 non dee essere considerato unito agli art. 692, 693 ma dee essere da essi separato, perchè portando un modo di acquisizione diverso da quello ch'essi portano, non è nè la continuazione nè lo svolgimento di essi

Ma è poi indubbiamente vero quello che dicono, e giusto quel che conchiudono?

Sembra di no per le seguenti ragioni.

Tutti e tre gli articoli 692, 693, 694 parlano della destinazione del padre di famiglia.

Il primo di essi comincia col dire che quella destinazione tien luogo di titolo per le servitù continue ed apparenti.

Il secondo continua col dire, che non havvi la suddetta destinazione che tien luogo di titolo per le servitù continue ed apparenti, se non quando due fondi attualmente divisi ed appartenenti prima allo stesso proprietario sieno stati da lui stabiliti in modo da far esistere fra essi un segno apparente di servitù.

Il terzo prosegue ancora col dire, che perchè vi abbia quella destinazione che tien luogo di titolo per le servitù continue ed apparenti, non basta che il proprietario di quei due fondi abbia stabilito fra essi un segno apparente di servitù, ma è necessario inoltre che disponendone egli di uno, il contratto non contenga alcuna convenzione relativa a quella servitù.

E conchiude poi col dire, che quando il proprietario di quei due fondi abbia stabilito fra essi un segno apparente di servitù e quando alienandone uno il contratto non abbia fatto alcun cenno di quella servitù, essa continua a sussistere attivamente o passivamente fra essi, per destinazione del padre di famiglia, trattandosi naturalmente sempre di servitù continua ed al tempo stesso apparente.

Questa sembra la spiegazione più ovvia e più naturale degli art. 692, 693, 694.

Sicchè adottandola ne viene che l'art. 692 stabilisce il principio generale che la destinazione del padre di famiglia non tiene luogo di titolo che per le servitù continue ed apparenti; che quel principio è sviluppato dagli articoli 693, 694 i quali fissano gli estremi che deggiono esistere perchè quelle servitù vengano in quel modo acquistate; che tutti e tre quegli articoli contemplano le sole servitù continue ed apparenti, e la suddetta destinazione che vale come un titolo, onde acquistarle; ch'essi deggiono essere considerati uniti e che non si può separare l'articolo 694 dagli altri due che lo precedono; che quindi non è vero che gli articoli 692, 693 fissino nella destinazione del padre di famiglia un modo onde acquistare le servitù continue ed apparenti e che l'articolo 694 ne fissi un altro e diverso onde acquistare le servitù apparenti, sieno poi continue o discontinue.

Non adottando poi la suddetta spiegazione e volendo separare l'art. 694 dagli arti-

Digitized by Google

Eppure non dovrebbe tacerne, perchè se quel documento stabilisse tra i due fondi la servitù, essa esisterebbe in forza di un titolo secondo l'art. 690 e non per destinazione del padre di famiglia secondo gli articoli 692, 693.

In questo senso dunque l'art. 693 dice di meno di ciò che dee dire, mentre all'opposto l'art. 694 dice di più di ciò che sarebbe necessario ch'esprimesse.

Infatti:

Secondo la interpretazione che a quest'ultimo articolo dar si vorrebbe, quando il proprietario di due fondi fra i quali esista segno apparente di servitù disponga di uno di essi senza che il contratto nulla contenga intorno alla servitù, questa apparente servitù prosegue ad esistere tra essi non solo se sia discontinua ma eziandio se sia continua.

Ma se è apparente ed al tempo stesso continua, essa esiste già per le disposizioni degli art. 692, 693.

Inutile dunque che l'art. 694 la faccia esistere un'altra volta.

In questo senso esso articolo dice di più di ciò ch' è necessario che dica.

Questi difetti di dire di meno e di più di ciò che dee esser detto, spariscono dagli articoli 693, 694 quando vengano spiegati in modo da congiungerli tra loro e coll'art. 692, sicchè questo articolo stabilisca il principio che la destinazione del padre di famiglia tien luogo di titolo per le servitù continue ed apparenti; sicchè gli altri due essendo la continuazione di esso, sviluppino il principio ch'esso ha piantato; sicchè in somma pei combinati articoli 692, 693, 694 le sole servitù apparenti e continue possano venir acquistate eziandio senza titolo ossia senza scritto documento, ma per destinazione del padre di famiglia che supplisce quel titolo, mentre per le discontinue sebbene apparenti conserva tutto il suo vigore la regola dell'articolo 691 che non permette di stabilirle se non mediante un titolo, vale a dire mediante quello scritto documento.

Ho detto di sopra che questa spiegazione degli art. 692, 693, 694 del Codice Napoleone è la più ovvia e la più naturale.

I Codici sardo e parmense la riconobbero anche come la più giusta, tanto è vero che rettificando quanto di oscuro e di dubbio vi può essere in quegli articoli, l'hanno adottata.

Per convincersene basta citare i corrispondenti articoli di questi due Codici.

Codice sardo.

Art. 650. La destinazione del padre di famiglia *riguardo alle servitù continue ed apparenti* tien luogo di titolo.

Art. 651. Non vi ha destinazione del padre di famiglia se non quando consta per qualunque genere di prova *che due fondi* attualmente divisi sono stati posseduti dallo stesso proprietario e che da questo sieno state poste o *lasciate* le cose nello stato dal quale risulta la servitù.

Art. 652. Venendo *uno di questi due fondi* alienato senza che il contratto di alienazione contenga convenzione alcuna relativa alla servitù, questa prosegue ad esistere attivamente o passivamente in favore del fondo alienato o sovra di esso.

L'art. 652 parla dei due fondi dei quali parla l'art. 651.

Questi due articoli sono dunque congiunti e riguardano un caso solo.

L'art. 651 parla poi della destinazione del padre di famiglia della quale parla anche l'art. 650.

Tutti e tre dunque questi articoli sono congiunti e riguardano un caso solo.

Questo caso solo si è poi quello della suddetta destinazione del padre di famiglia che tiene luogo di titolo per le sole servitù continue ed apparenti e non per le apparenti e discontinue le quali secondo l'art. 649 in regola non ponno stabilirsi se non mediante un titolo.

Digitized by Google

Esso contempla un caso solo, quello della destinazione del padre di famiglia che tien luogo di titolo onde acquistare le sole servitù continue ed apparenti quando vi concorrano gli estremi da lui portati ai n. 1.° e 2.°; che sono gli estremi fissati dagli articoli 693, 694 del Codice Napoleone, che si vorrebbe che contemplassero due casi diversi.

Non contempla il caso diverso che taluni vogliono contemplato dall'articolo 694 di questo ultimo Codice, quello cioè dell'acquisto delle servitù apparenti che sieno anche discontinue.

Questo diverso caso è invece contemplato dall'art. 540 del Codice parmense pel quale queste ultime servitù non si acquistano se non per titolo in iscritto.

La spiegazione degli art. 692, 693, 694 del Codice Napoleone che finora ho data è adottata fra gli scrittori francesi anche dal Favard di Langlade.

Non lo è dal Dizionario del Merlin voce *Servitù* § XIX, dal Pardessus nel n.° 288 del suo trattato delle servitù e dalla sottopostavi annotazione n.° 5.

Io l'adotto, rispettando ogni contraria opinione e chiedendo indulgenza per la mia.

Ed adottandola ed applicandola alla quistione della quale mi occupo conchiudo, che se ho fra due mie case un cavalcavia che mi dia accesso dall'una all'altra e se una ne vendo e l'altra ritengo, senza che il contratto di compravendita faccia cenno di esso e senza che l'assegni ad una di quelle due case soltanto, il cavalcavia sarà bensì tra esse comune, ma una di esse non avrà diritto di accedere mediante quel mezzo di passaggio all'altra in base alle disposizioni del Codice Napoleone, perchè la servitù apparente e discontinua dell'accesso, non fu stabilita con titolo ossia con documento scritto come avrebbe dovuto esserlo per l'articolo 694 di quel Codice, giacchè il contratto ne tace, e perchè secondo gli articoli 692, 693, 694 non può esserlo nemmeno per destinazione del padre di famiglia la quale per le sole servitù apparenti e continue, dunque non per la nostra tiene luogo di titolo.

Vedesi dunque da ciò che ho detto fin qui che tra le ragioni dell'affermativa e quelle della negativa, io secondo il Codice Napoleone dò la preferenza alle ultime.

E dò a queste la preferenza anche pel Codice austriaco.

Accordo che nulla disponendo il suddetto contratto di compravendita circa il cavalcavia, esso debba considerarsi comune tra le due case come pertinenza di ognuna di esse.

Accordo che per effetto di questa comunione, quel cavalcavia, come ho detto pel portico nell'annotazione e al Capo XLIV, sia divisibile fra esse, quando cessi la comunione, e che fin ch'ella duri, ambedue ne abbiano l'uso comune.

Ma nego che quella comunione di proprietà e di uso possa estendersi a tanto da costituire la reciproca servitù dell'accesso da ognuna di quelle due case all'altra.

Di quelle due case, una sola col nostro contratto ho venduto.

Ho conservato l'altra.

Il compratore è diventato proprietario esclusivo della casa che gli ho venduto.

Io poi sono rimasto proprietario esclusivo dell'altra casa che ho conservato.

Per effetto di questa nostra esclusiva proprietà, ognuno di noi secondo i §§ 354, 366 del Codice austriaco ha diritto di escludere l'altro dal possesso della propria casa.

Dunque ognuno di noi deve avere in regola il diritto, che l'altro mediante il cavalcavia non acceda alla rispettiva nostra casa e non penetri in essa.

Per togliere ad ognuno di noi questo diritto fa d'uopo che l'altro abbia specialmente acquistato il diritto opposto, quello cioè di accedere pel cavalcavia all'altrui casa, e di penetrare in essa.

Voglio accordare che pel § 863 del suddetto Codice quest'ultimo diritto possa da ognuno di noi essere acquistato pel nostro consenso non solo espresso ma anche tacito.

Ma il tacito consenso risultar dee da atti tali che, ponderate tutte le circostanze, non lascino alcun ragionevole motivo di dubitarne.

Ora venduta da me una e conservata l'altra delle due case fra le quali il cavalcavia

Digitized by Google

Secondo i §§ 361, 825 del Codice austriaco per quella comunione il cavalcavia è proprietà indivisa delle due case.

In conseguenza quelle due case ne hanno l' uso comune.

Ma, ristretta la comunione al cavalcavia, anche l' uso comune esserne dee ad esso ristretto.

Fuori di quell' uso comune ad esso ristretto, le due case nel silenzio del contratto non hanno verun altro e diverso diritto.

Dunque nemmeno il diritto di accedere dall' una all' altra mediante il cavalcavia.

Se lo avessero, al diritto di comproprietà sul cavalcavia aggiungerebbero l' ulteriore e diverso diritto della servitù dell' accesso dall' una all' altra, servitù della quale il cavalcavia sarebbe il mezzo dell' esercizio.

Ora mi è ben possibile ritenere che venduta da me una di quelle case e conservatane l' altra senza che il contratto faccia parola del cavalcavia, questo come pertinenza di ambedue sia per tacito consenso ad ambe comune.

Ma mi è impossibile ritenere che per quel tacito consenso oltre alla comunione del cavalcavia, le due case abbiano acquistato eziandio la servitù del reciproco accesso dall' una all' altra.

Io rimasto proprietario dell' una ed il compratore divenuto proprietario dell' altra casa abbiamo, come ho detto di sopra, la proprietà esclusiva della rispettiva nostra casa.

Quindi ognuno di noi ha diritto di escludere l' altro dall' accedere dalla propria casa a quella dell' altro, e dal penetrare in essa.

Questo diritto ci spetta fino a che non è provato che abbiamo acquistato il diritto opposto, quello cioè di accedervi, di penetrarvi.

Questo diritto opposto non lo abbiamo acquistato espressamente perchè il suddetto contratto non ne parla.

Nemmeno tacitamente.

Come mai infatti puossi ragionevolmente supporre che nel caso concreto, perchè il cavalcavia come pertinenza delle due case è per tacito consenso proprietà comune di ambedue, e perchè quindi possiamo usarne pure in comune, questo uso comune non debba restringersi ad esso, ma debba invece pure per tacito consenso estendersi alle due case, privando così la rispettiva nostra proprietà del suo carattere essenziale, ch'è quello di essere esclusiva, locchè avverrebbe se ognuno di noi non potesse escludere l' altro dall' accedere pel cavalcavia alla casa dell' altro e dal penetrarvi?

Non havvi forse nel caso concreto ogni ragione non solo di dubitare, ma eziandio di negare che la comunione del cavalcavia produrre possa questo ultimo effetto, e possa privarci del prezioso diritto di non volere che altri penetri in casa nostra?

Conchiudo dunque anche pel Codice austriaco, come ho fatto pel Codice Napoleone, che nel caso concreto, la comunione del cavalcavia tra la casa che ho venduto e quella che ho conservato, non possa nel silenzio del contratto di compra-vendita stabilire tra esse la servitù del reciproco accesso.

Tutto ciò però in regola.

In via di eccezione per altro, se si avverasse il caso difficile ma non impossibile, che una di quelle case non avesse nè potesse avere uscita sulla pubblica via se non accedendo pel cavalcavia all' altra e passando per essa, il proprietario della prima dovrebbe avere quel diritto di accesso alla seconda e di passaggio per essa, giusta quanto ho detto al num. principale 2.° dell' annotazione *d* al Capo XXXVIII.

2.° Se poi il cavalcavia che dà accesso a quelle due case, fu nel contratto, col quale

Digitized by Google

3.° Finalmente se il cavalcavia esistente fra le due case parte da una e poggia sull'altra casa, e servendo alla prima non comunica però colla seconda, parmi che venduta la prima alla quale serve, senza parlare di esso, io lo abbia venduto colla suddetta casa della quale è pertinenza.

Venduta poi la seconda casa che non comunica col cavalcavia, parmi non averlo venduto, perchè non ne è pertinenza.

Non dando poi come ho detto questo cavalcavia accesso da una casa all'altra, mi è impossibile ritenere che ad ognuna di esse non si possa accedere da altra parte, sicchè non abbiano dal di fuori nè entrata nè uscita.

Ora se hanno quell'accesso da altra parte, sembrami che non possa parlarsi del diritto di averlo nemmeno in via di eccezione pel suddetto cavalcavia.

Osservo finalmente che per l'art. 691 del Codice Napoleone la suddetta servitù di accesso non può essere stabilita mediante il possesso, perchè apparente e discontinua.

All' incontro può esserlo per l'art. 480 del Codice austriaco.

Digitized by Google

CAPUT LXI.

DE MOENIANIS.

I. *Moeniana dicuntur solaria, seu ponticelli, qui in muro sunt, et ita projecti, seu immissi provehuntur: ut nusquam requiescant sicut subgrunda.* — II. *Moeniana ab immissis in quo differant.* — III. *Moeniana si quis in muro suo aedificare velit versus domum vicini privatam, vel aedificium publicum versus, quantum spatium dimittere debeat.* — IV. *Moeniana legi an standum sit, ubi aliquando consuetudo non fuerit.* — V. *Sub moeniano, seu sub solario, aut ponticello pannos, seu linteamenta, aut alia, an extendere liceat, per quae vicinis lumen tollatur.* — VI. *Actio qualis competat contra protendentes pannos in aliorum praejudicium.*

I. Moeniana *dicuntur solaria, seu ponticelli, qui sunt in muro, et ita projecti seu immissi provehuntur, ut nusquam requiescant, sicut sunt subgrunda* (1), *et dicuntur moeniana a moenibus, ut not. gloss.* (2).

II. *Differunt autem moeniana ab immissis: quia moeniana, ut dixi, ita provehuntur, ut non requiescant in alia parte immissa: quae ita sunt, ut in loco alieno requiescant veluti tigna, trabes, quae mittuntur* (3).

III. *Pro declaratione hujus materiae*

CAPO LXI.

DEI MENIANI.

I. *Meniani* si dicono quei ballatoi o poggiuoli, che sono nel muro, e così sportati od immessi si spingono all' infuori, che non posano in alcun sito, come le grondaie. — II. In che cosa i *meniani* differiscano dagl' immessi. — III. Quanto spazio debba lasciare chiunque vuol fabbricare *meniani* nel suo muro verso la casa privata del vicino, o verso il pubblico edificio. — IV. Se si debba stare alla legge *moeniana* dove talora non esista consuetudine. — V. Se sia lecito distendere i panni o la biancheria od altre cose sul *meniano*, o sul terrazzino, o sul poggiuolo, in guisa che si tolga la luce a' vicini. — VI. Quale azione competa contro quelli che distendono i panni in altrui danno.

I. *Meniani* si dicono que' ballatoi o poggiuoli, che stanno nel muro, e sportati od immessi così si spingono all'infuori, che non posano in alcun sito, come sono le grondaie; e si dicono *meniani* da *moenia* (mura), come nota la glossa (*a*).

II. Differiscono poi i *meniani* dagl' *immessi* in ciò, che i *meniani*, come dissi, tanto si spingono innanzi che non poggiano in alcun sito, mentre gl' *immessi* stanno in guisa che posano nel luogo altrui, come sono le travi, i panconi, che s' introducono nei muri (*b*).

III. A spiegazione di questa materia di-

Digitized by Google

tere liberi aeris: aut versus aedificium publicum, et tunc debet dimittere intervallum 15 pedum (1), *et plus vult illa l.* moeniana, *quod si quis vult aedificare aedem vel domum versus solum publicum, debet dimittere spatium 10 pedum: ut patet ibi, quem intercapedinis modum aedificaturis, etc.; et si contra fiat, illud quod aedificatum est, debet detruncari: et fabrica dono fisco assignanda est; quae l. est intelligenda, quando tale aedificium fieret vicino nesciente vel contradicente, secus eo sciente et patiente: quia tunc destruere non compelleretur* (2). *Item* l. moeniana *est intelligenda secundum Angel. ibi, quando ex objectu alicujus aedificii laboratur, secus si a latere: quia tunc illud intervallum non requiritur, et ideo dicit, quod videmus habitatores domorum habere aedes communes a latere. Sed dicit gloss.* (3) *non servatur: et verum dicit, quod non observatur, in quantum loquitur de moeniano vel alio aedificio facto juxta aliud privatum, sed servatur dispositio* l. fin. fin. reg., *licet gloss. dixerit* (4), *loquitur quando aedificatur juxta agrum vel sepem, quam ego non teneo* (5). *Sed in quantum loquitur* d. l. moeniana, *quando aedificat juxta aedificium publicum, puta muros civitatis, vel horrea publica: tunc debet dimitti spatium 15 pedum* (6), *et dicit Angel. quod ita observatur, quia juxta muros civitatis vel castri non permittitur aedificari, nisi tanta latitudine intermissa, ad hoc ut nihil mali vel sinistri excogitari possit, ut propter periculum incendii et ruinae, aut proditionis: quia habens aedificium suum juxta muros, ex parte sui posset clam murum suum perforare, et ingressum dare hostibus, et ita dicit se pluries vidisse et audivisse, subdit tamen, quod in quibusdam locis hoc non servatur, tu dic sicut est in civitate Neapol., sed hoc in civitate Paduae bene servatur, standum est itaque in hoc consuet.* (7).

IV. *Ubi autem non sit aliqua consue-*

d'aria; o verso un pubblico edificio, ed allora deve lasciar lo spazio di 15 piedi. E la legge *moeniana* richiede di più, che se alcuno vuol fabbricare un edificio od una casa verso il pubblico suolo, debba lasciar lo spazio di 10 piedi, come apparisce dal testo; e se ciò non osserva, si debba troncare il fabbricato ed assegnare l' edifizio in dono al fisco; la qual legge si deve intendere applicabile, allorquando sì fatto edificio si facesse nell' ignoranza o con opposizione del vicino, non già quando questi sapesse e soffrisse, perchè allora non si forzerebbe il fabbricante a distruggere. Così pure la detta legge, secondo Angelo, si deve intendere che abbia luogo, quando si fabbrica di fronte all' edificio di alcuno, non già quando dai lati, perchè allora non è richiesto tale spazio, e però dice, che si vedono gli abitatori delle case aver queste in comunione dai lati. Ma la glossa dice che quella legge non si osserva, e dice il vero, in quanto parla del *meniano* o di altro edificio costrutto presso un altro privato. In quella vece s' osserva la disposizione della legge finale *ff. finium regundorum*, benchè la glossa dica che questa legge riguarda il caso in cui si fabbrica presso il podere o la siepe del vicino; il che io non istimo vero. Ma in quanto la detta legge *moeniana* riguardi il caso in cui si fabbrichi presso l' edificio pubblico, esempigrazia, presso le mura della città o presso i pubblici granai, si deve lasciare interposto uno spazio di 15 piedi. E dice Angelo che così si osserva, perchè presso le mura d' una città o di un castello non è permesso fabbricare, se non lasciando in mezzo tanta larghezza, affinchè non si possa temer nulla di male o di sinistro, come per il pericolo di un incendio, d' una ruina, o d' un tradimento; avvengachè quegli che ha il suo edificio presso le mura possa dalla sua parte forare il muro di nascosto, e dare ingresso a' nemici; e così dice più volte aver veduto ed udito. Soggiunge però che in alcuni luoghi ciò non si osserva; e tu di', come avviene nella città di Napoli; ma in quella di Padova vien bene osservato. Pertanto in questa bisogna conviene stare alla consuetudine.

IV. Dove però non esista alcuna consue-

Digitized by Google

tudo, an sit standum illi l. moeniana? *videtur quod non: quia sicut ista gloss. dicit, ita servatur de consuetudine quae habetur pro lege* (1), *ita videtur servari e contra, quando gloss. dicit quod non servatur de consuetudine et maxime, quia videtur, quod lex tollatur per consuetudinem* (2). *Ego autem teneo contrarium, quia lex per consuetudinem non tollitur* (3), *sed per contrariam consuetudinem bene tollitur: et ideo ego in hoc sic concluderem. Aut quaerimus de aedificio, quod sit juxta aedificia publica, ubi non sit aliqua consuetudo certa: et tunc puto esse standum* d. l. si cui C. de aedific. privat. *ex quo varie, ut dixi, observatur de consuetudine. Aut quaerimus de aedific. privat. quod fit juxta aedificium privatum: et tunc non est standum* d. l. moeniana, *sive aedificium fiat ex objectu alterius, sive ex latere, quia nullo casu hoc servatur: et ideo standum est decisioni* l. fin. fin. reg. *de quo dic, ut dixi supra de pariete sive muro. Concludo ergo ex praedictis, si quaeritur quantum debeat distare moenianum, seu aliud aedificium ab alio aedificio privato vel publico. Aut constat ex statuto vel consuetudine super hoc disponente, et illis standum: ut* l. 1. et l. an in totum C. de aedifi. privat. (4). *Aut non constat de consuetudine vel statuto: et tunc quaeritur, quando aedificatur juxta aedificium publicum, et standum est decisioni* (5), *aut de aedificio quod fit juxta aliud aedificium privatum et tunc servatur* l. fin. fin. reg.

V. *Secundo principaliter quaeritur, an quis possit sub moeniano sive solario aut ponticello extendere pannos seu linteamina, aut alia per quae auferatur lumen vicinis? In hoc sic distingue: Aut vult ponere in suo tantum, ita quod se non protendit extra: ut puta quia vult extendere in altum, ut faciunt illi qui ha-*

tudine, si dovrà forse osservare la citata legge *moeniana?* Sembra che no, perchè siccome la glossa dice: *così si osserva per consuetudine che tien luogo di legge*, così sembra doversi praticare il contrario, quando la glossa dice che ciò non si osserva per consuetudine, massimamente perchè pare che la legge sia tolta in forza della consuetudine. Io poi tengo l'opposto, cioè, che la legge è ben annullata dalla consuetudine, e però in questo punto così conchiuderei: O parliamo di una fabbrica che si costruisce presso gli edifici pubblici, là dove non esiste consuetudine certa, ed allora credo che si debba stare alla legge *si cui Cod. de aedif. priv.*; dacchè, come dissi, variamente ciò s' osserva per consuetudine. O parliamo di fabbriche private, che si costruiscono presso edifici privati, ed allora non si dee stare alla detta legge *moeniana*, sia che la fabbrica si faccia dinnanzi a quelli, sia che dal loro lato, perchè in nessun caso ciò s' osserva, e perciò si dee seguire la sentenza della legge finale *ff. finium reg.*, intorno la quale di' come sopra circa la parete od il muro. Adunque per le ora esposte cose io conchiudo così, se si dimanda quanto debba distare il *meniano* od altra fabbrica dall'edificio privato o pubblico: O lo spazio è determinato dallo statuto o dalla consuetudine che dispone su ciò, ed a quelli si deve stare; o non è determinato dallo statuto o dalla consuetudine, ed allora, o si fabbrica presso l' edificio pubblico, e si dovrà stare alla decisione della detta legge *moeniana* e della legge *si cui Cod. de aedif. priv.*; o si fabbrica presso un altro edificio privato, ed allora si osserva la legge finale *ff. finium regundorum* (c).

V. In secondo luogo principalmente si domanda: se alcuno possa sotto il *meniano* o terrazzino, o poggiuolo, distendere i panni o la biancheria od altre cose, per le quali si tolga la luce a' vicini. In tale questione così distingui: O vuole distendere soltanto nel suo, in guisa che non isporga all'infuori, per esempio, perchè vuole distendere in al-

Digitized by Google

Neapol. et potest: quia quatenus durat solum suum, potest aedificare, et ponere, et facere regulariter quicquid vult usque ad coelum (1), *etiam si ex hoc tolleretur lumen vicino, nisi hoc faceret in despectum vicini, vel ad ejus aemulationem* (2), *in dubio non praesumitur malus animus* (3), *circa quod vide quae dicam in seq. tit. versic. 2. fallit, si vellet. Aut quis vult ponere supra suum, et extendere ultra suum: sicut quando quis super uno ligno extendit linteamina, vel similia quae protenduntur extra moenianum, vel solarium, vel fenestram: et tunc aut vult extendere supra solum vicini: et non potest* (4), *aut vult extendere supra solum publicum: et tunc aut non fit damnum aliquod vicinis vel transeuntibus, et tunc potest, quia ita servatur, ut ibi de consuetudine. Aut fit damnum vicino, puta quia aufertur sibi lumen, exemplum: quis vult extendere pannos a latere moeniani seu ponticelli versus fenestram vicini ex objecto, ita quod ejus lumen obscuret, vel ingressum solis auferat, vel quis vult extendere pannos per directum ultra moenianum vel fenestram, ab alio latere est fenestra vicini, quae per hoc obscuraretur, vel si quis habet solarium superius, et pars inferior est alterius, et superior vult extendere pannos super ponticello ab extra super longitudine, qui panni pendentes descendunt extra ponticellum, ita quod auferrent lumen, vel solem fenestris partis inferioris: et istis casibus non potest*, ut est text. *qui in omnibus istis casibus potest exemplificari*, l. 2. § cum quidam, ne quid in loco publ.

VI. *Tertio principaliter quaeritur, quae actio competat contra protendentes hujusmodi pannos? Dic, utile interdictum, ne quid in loco publ. immittas* (5), *et ideo competit utile interdictum, quia in suo, non publico facit, licet in publico proten-*

pratori, e come per lo più succede nella città di Napoli; ed il può fare, perchè in tutta l'estensione del suo suolo può fabbricare, e porre, e fare di regola tutto ciò che vuole sino al cielo, anche se per questo togliesse la luce al vicino; purchè nol faccia per dispetto di questo, o per di lui emulazione; ma nel dubbio non si presume il cattivo proposito; e intorno a ciò vedi quello che dirò nel seguente titolo, vers. 2.° — Od alcuno vuol porre sopra il suo e distendere fuori del suo, siccome allorquando taluno distende sopra un legno la sua biancheria o simili cose, le quali si sporgono oltre il poggiuolo, o terrazzo, o finestra; ed allora, o vuole distendere sopra il suolo del vicino, e nol può; o vuole distendere sopra il suolo pubblico, ed allora, o non fa danno alcuno ai vicini od a quelli che passano, ed in tal caso il può fare, perchè così si pratica per consuetudine. O fa danno al vicino, esempigrazia, perchè gli toglie la luce, come in questo caso: certuno vuole stendere i panni da lato del belvedere o poggiuolo verso la finestra del vicino, in faccia di quella, così da oscurare la sua luce o toglierle l'ingresso del sole; oppur taluno vuol distendere i panni direttamente fuori del poggiuolo o della finestra, e dall'altra parte sta la finestra del vicino, la quale per ciò viene oscurata; oppur taluno ha il piano superiore di una casa, e l'inferiore spetta ad un altro, ed il primo vuole stendere i suoi panni al di fuori del poggiuolo per lungo, i quali panni pendendo, scendono oltre il poggiuolo così da togliere la luce od il sole alle finestre del piano sottoposto; ed in tutti questi casi nol può fare, in virtù del testo della legge 2.ª § *cum quidam ff. ne quid in loco publ.*, che in tutti può recarsi ad esempio (*d*).

VI. In terzo luogo principalmente si chiede: quale azione compete contro quelli che sporgono in questo modo i loro panni? Rispondi: l'utile interdetto *affinchè tu non immetta alcuna cosa nel luogo pubblico*, e compete l'*utile* interdetto, per-

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO LXI.

(*a*) Nell'annotazione *a* al precedente Capo ho detto cosa credo che sieno i *meniani*.

(*b*) Anche per quello che riguarda i meniani, veggasi ciò che ho detto nell'annotazione *f* al Capo XXX sulla differenza tra *projectum* ed *immissum*.

(*c*) Intorno alle distanze dei meniani o poggiuoli dal fondo chiuso o non chiuso del vicino veggansi in particolare pel Codice Napoleone gli art. 678-680 di esso.

Veggasi poi in generale ciò che ho detto secondo quel Codice e secondo l'austriaco nell'annotazione *a* al Capo XXXIII.

(*d*) Ognuno ha diritto di distendere panni, biancherie ecc. sul proprio, quando non invada l'altrui fondo, anche se tolga con ciò la luce al vicino, appunto perchè sul proprio può fare quello che vuole, e la legge non gli proibisce di farlo.

Se ha quel diritto, può farlo anche per *emulazione* come ho detto parlando della emulazione nell'annotazione *f* al Capo XXXIX.

Ma distendendo non può invadere il fondo privato altrui, senza che il proprietario di questo glielo abbia permesso, o senza che abbia acquistato contro di lui diritto di farlo, perchè non si può arbitrariamente invadere l'altrui proprietà.

Sul fondo poi pubblico, cioè ad uso del pubblico, si può distendere col permesso dell'autorità politico-amministrativa, od almeno fino a che questa per pubblici riguardi nol vieti.

E questa per certo nol permetterà se non a condizione che non venga recato danno od incomodo al pubblico od ai vicini, e lo vieterà nel caso che vi ostino quei pubblici riguardi.

Specialmente sul non recar danno al vicino col distendere sul sito pubblico, mi richiamo a ciò che ho detto nell'annotazione *b* al Capo XLI del tetto.

(*e*) Quando io arbitrariamente distenda su sito ad uso del pubblico, l'autorità politico-amministrativa potrà vietarmelo appunto in via amministrativa.

Ma usando moderazione, mi permetterà di farlo, quando col mio distendere io non leda alcun pubblico riguardo e non arrechi danno od incomodo al pubblico o ai vicini.

Quando io arbitrariamente distenda sul fondo privato altrui, ed il proprietario di esso voglia rigorosamente far uso del proprio diritto, senza conceder nulla ai riguardi sociali, ei potrà secondo il § 344 del Codice austriaco impedirmelo di sua autorità, quando tardi fosse per giungere il soccorso del giudice.

Fuori di questo caso dovrà far valere in giudizio contro di me la propria azione.

Potrà appigliarsi all'azione possessoria o petitoria delle quali ho parlato nell'annotazione *d* al Capo II, perchè io cessi dal turbare il suo possesso, o perchè venga riconosciuto il suo diritto di non volere che io distenda.

Veggasi del resto circa il farsi giustizia da se quanto ho detto nell'annotazione *g* al Capo XXX.

Digitized by Google

CAPUT LXII.

DE FENESTRIS.

I. *Fenestram in suo an quis facere possit, etiam si per eam in vicini sui fundum inspiceret.* — II. *Regula, quod quis in suo invito vicino fenestram facere possit, quas fallentias patiatur.* — III. *Fenestram in muro communi, ignorante vel invito socio, an quis facere possit.* — IV. *Fenestram in muro communi elevato pro sua utilitate tantum, an quispiam facere possit.* — V. *Domum si quispiam vicinus elevare velit juxta murum socii elevatum, et ponere culmen aequaliter cum culmine domus vicini, vel etiam supra, obscurando fenestras vicini, ipso invito, an possit.* — VI. *Fenestram in alieno, domino invito, an quis facere possit.* — VII. *Fenestram de ligno, quod dicitur balconus, an licere licitum sit, et ipsam aperire in publico supra solum vicini.* — VIII. *Promiserim si vicino sub certa poena non facere fenestram in muro domus meae, et postea illam domum vendam, an emptor fenestram facere poterit.* — IX. *Domus dominus an possit obscurare lumina domus locatae alteri: vel in quo alius de domo locata usumfructum habeat.* — X. *Fenestras vitreas, lignitas et papyreas: quae vulgo speras dicuntur, an quis domui suae apponere possit.* — XI. *Fenestras vitreas, ligneas et papyreas, an quis imponere cogatur, et in fenestris sui parietis tenere.* — XII. *Fenestrarum vitra, vel tela si fracta essent, adeo quod in alterius domo videri possit: an debens servitutem, suis sumptibus reficere teneatur.* — XIII. *Fenestrarum et balconorum materia ubinam sit, remissive.*

I. *Videamus primo, an quis in suo possit fenestram facere, etiam si per eam inspiceret in fundum vicini? Et dicendum est, quod sic regulariter* (1). *Et est ratio, quia in sua re quis potest aedificare, dummodo non mittat in alienum etiam si noceat vicino* (2), *in re enim sua quilibet est*

(1) *Ut probatur in l. altius, in princip. C. de serv. et aqua, et ibi hoc not. Bald. et Doct.*

CAPO LXII.

DELLE FINESTRE.

I. Se taluno possa aprire finestre nel suo, abbenchè per esse possa vedere nel fondo del vicino? — II. A quali eccezioni vada soggetta la regola, che ciascuno può aprire finestre nel suo contro voglia del vicino? — III. Se alcuno possa aprire finestre nel muro comune nell' ignoranza o contro voglia del vicino? — IV. Se alcuno possa aprire finestre nel muro comune innalzato soltanto per suo vantaggio? — V. Se qualche vicino voglia innalzare il suo edificio presso il muro elevato del vicino e porre il tetto in eguale altezza col tetto di questo, od anche al di sopra, oscurando le sue finestre, ciò possa fare senza il di lui consenso? — VI. Se chiunque possa aprir finestre nell'altrui senza l'assenso del padrone? — VII. Se sia lecito costruire una finestra di legno, che si chiama balcone, ed aprirla nel pubblico sopra il suolo del vicino? — VIII. S'io avrò promesso sotto certa pena di non aprire finestra nel muro della mia casa, e poscia io venda questa, il compratore potrà forse aprirla? — IX. Se il padrone d'una casa possa oscurare la luce di questa che ha locato ad un altro, o nella quale un altro ha diritto d' usufrutto? — X. Se alcuno sia obbligato a fare nella sua casa finestre di vetro, di legno o di carta, che volgarmente si chiamano *spiere?* — XI. Se alcuno sia obbligato a porre invetriate o impannate di legno o di carta nelle finestre del suo muro? — XII. Se i vetri o le tele delle finestre fossero rotte così che per esse si potesse vedere nella casa altrui, chi è obbligato alla servitù è forse tenuto a rimetterle a sue spese? — XIII. In qual luogo si trovi la materia delle finestre e balconi; brevemente.

I. Primieramente osserviamo, se alcuno possa aprire una finestra nel suo, ancorchè per essa guardasse nel fondo del vicino? E deve dirsi, che di regola il può. E la ragione si è questa, che nel suo fondo ciascuno può fabbricare, purchè non immetta nell'altrui, anche se nuoccia al vicino, imperoc-

(2) *L. flumineum, § fin. eum duobus sequent. de damno infect.*

Digitized by Google

moderator et arbiter (1). *Et intellige etiam si quis haberet murum juxta fundum vicini factum jam 100 annis, et in eo nunquam fuerunt fenestrae, quia potest dominus fenestram facere* (2); *quia licet murus ille steterit longissimo tempore sine fenestris, non propter hoc tollitur domino facultas ipsa faciendi nisi quando voluisset facere, et per vicinum fuisset impeditus, et propter hoc destitisset* (3).

II. *Sed ista regula, quod quis possit in suo muro fenestram facere invito vicino, fallit in quibusdam casibus. Primo, quando esset imposita servitus, ut in tali muro non possint fieri fenestrae. Nam possum ibi constituere servitutem, ut non possim in meo facere fenestram, per quam in domo tua prospicere possim* (4); *et ibi not. Bald. qui dicit se hoc vidisse de facto in civitate Perusii, in domibus quae nunc sunt comitis, alias domini Julii, et idem tenet Paul. de Castr.* (5) *ubi dicit, quod talis conventio valet, si tua interest propter honestatem, quoniam non posses uti domo tua libere, cum homines nolint in omnibus videri, et iste casus poterit contingere quotidie inter fratres dividentes inter se domos; pro hoc etiam facit* l. venditor, in princ. communia praed. *et quod ibi not Bart. per illum text. qui dicit, quod si ego vendo tibi aliquam domum cum pacto, quod non possim exercere talem artem, valet ista conventio, ut obligeris tu et haeredes tui, licet ista non sit servitus, cum non sit praedium dominans* (6). *Secundo fallit, si vellem in meo facere unam fenestram in loco in quo esse non consuevit, quando facerem hoc ad aemulationem vel in despectum vicini: puta quia vellem videre omnia secreta sua* (7), *et ita tenet Petr. Cyn. et Paul. de Castr.* (8). *In dubio tamen non est praesumendum, quod faciat ad aemulationem vel despectum* (9), *nisi quando per eam possent videri secreta vicini, et nullam ex hoc faciens fenestram*

chè, come dicono i testi, ciascuna della cosa propria è moderatore ed arbitro. Ed intendi eziandio che se alcuno avesse un muro fatto da già 100 anni presso il fondo del vicino, ed in esso non fossero state mai finestre, potrebbe aprirne giuridicamente, perchè, sebbene quel muro sia stato per lunghissimo tempo senza finestre, non perciò è tolta al suo padrone la facoltà di farne, se non qualora avesse voluto aprirne e ne fosse stato impedito dal vicino, e per tale opposizione avesse desistito (*a*).

II. Ma questa regola, che ciascuno possa aprire finestre nel suo muro contro voglia del vicino, soffre eccezione in parecchi casi. Primo, quando fosse imposta la servitù che in quel dato muro non si possano aprire finestre; imperocchè posso costituire la servitù, ch'io non debba aprire finestre nel mio per le quali possa guardare nella tua casa; e Baldo dice aver ciò veduto realmente nella città di Perugia nelle case che ora sono del conte Giulio, altre volte signore, e lo stesso dice Paolo di Castro, il quale aggiunge che sì fatta convenzione vale, se importa a te per cagione di onestà, poi che non potresti usare liberamente della tua casa, non volendo gli uomini esser veduti in tutte le loro operazioni; e questo caso può avvenire quotidianamente tra fratelli che dividono fra loro le case. Serve a tal uopo la legge *venditor in princ. ff. Comm. praed.*, e ciò che nota Bartolo sopra quel testo, il quale dice, che se io ho venduto a te qualche cosa col patto che non possa esercitare un'arte determinata, tale convenzione ha virtù di obbligare te ed i tuoi eredi, benchè questa non sia servitù, perchè non v' è fondo dominante. In secondo luogo v' ha eccezione nel caso ch' io volessi aprire una finestra nel mio, in sito dove prima non soleva esistere, qualora ciò facessi per emulazione o dispetto del vicino, per esempio, perchè volessi vedere tutt' i suoi secreti; e quest' è opinione di Cino e di Paolo di Castro. Nel dubbio però non deve presumersi che ciò si faccia per emulazione o dispetto, se non quando me-

Digitized by Google

tit Paul. de Castr. (1). *Puto tamen quod hoc sit remittendum arbitrio judicis, qui considerabit qualitatem vicinorum, si sint amici vel non: et maxime qualitatem facientis fenestram, et si verisimiliter fecisset eam, etiam si essent amici* (2): *et si faciens fenestram, est solitus facere in despectum vicini: tunc contra eum est praesumendum* (3). *Quibus adde omnino quae dixi supra de solo sive area* (4). *Tertio fallit, quando quis habet parietem juxta domum vel hortum cujusdam puellae, vel religiosarum, vel monialium, ut possit videre illam puellam, aut moniales, aut religiosas: quia si hoc faciat ad inhonestatem vel aemulationem, hoc non potest*, arg. d. l. opus de oper. publ. et in l. in fundo de rei vend. *ubi dicitur, quod malitiis hominum obviandum est, et ita tenet Cyn. secundum Pet. quem sequitur Bal. et communitur Dd.* (5); *quod bene not. contra vicinos, aedificantes ad despectum alterius vicini: quia si hoc faciunt, ut noceant, non possunt etiam in suo: secus si faciunt principaliter ad suam utilitatem, licet noceant: quia tunc possunt* (6), *et hoc vult etiam Paul. de Castr.* (7).

III. *Nunc dicamus, an possit facere fenestram in muro communi ignorante vel invito socio. Et dicas regulariter, quod non* (8), *et ibi hoc not. Ang. et idem not. Angel.* (9) *dicens, quod ratio est, quia per eam puta fenestram mutatur facies, puta parietis, et debilitatur paries, et per consequens nocent socio, et idem in effectu tenet Bal.* (10) *et Paul. de Cast.* (11). *Dixit tamen not. Paul. de Cast.* in d. l. eos, *quod socius potest in re communi facere fenestram, vel aliquid aliud, quod alterat rem, nisi aliquod afferat nocumentum* (12). *Quod non credo esse verum indistincte, quia vix potest esse, quin afferat damnum vicino, si alterat parietem* (13), *unde in hoc puto*

pensa Paolo Castrense. Credo però che ciò si debba lasciare all'arbitrio del giudice, il quale considererà la qualità de' vicini, e se siano amici, o no; e specialmente l'indole di chi apre la finestra, e se probabilmente l'avrebbe aperta qualora fossero amici; e se chi l'apre è solito a far dispetti al vicino, perchè in tal caso si dovrà presumere contro di lui. Alle quali cose aggiungi totalmente ciò che dissi sopra circa il suolo od area. In terzo luogo fallisce la regola, nel caso che alcuno avesse il muro presso la casa od orto di qualche fanciulla o di religiose o di monache, ed aprisse la finestra per poter vedere quella fanciulla, o le monache o le religiose, perchè se ciò facesse per fine disonesto o per emulazione, non potrebbe aprirla. Locchè si argomenta da'testi della legge *opus ff. de op. publ.* e dalla legge *in fundo ff. de rei vend.* ove è detto che si dee porre ostacolo alle umane malizie, e così pensa Cino secondo Pietro, ed è seguito da Baldo e da tutt' i Dottori; il che si dee notare contro que' vicini, che fabbricano per dispetto degli altri vicini, perchè se ciò fanno per fine di nuocere, nol possono, neppure nel proprio; ed altrimenti, qualora il facciano precipuamente per loro vantaggio, sebbene nuocciano altrui, dacchè allora il potranno, come vuole Paolo di Castro (*b*).

III. Ora vediamo se si può aprire finestra nel muro comune, ignorandolo il socio o non consentendolo. Rispondi che di regola non si può, come nota Angelo, il quale dice che la ragione è questa: che per quella finestra il muro muta faccia e s'indebolisce, e per conseguenza ne viene danno al socio; locchè in fatto è tenuto da Baldo e da Paolo di Castro. Quest'ultimo tuttavolta espresse il notabile, che il socio può nella casa comune aprire finestra od alcunchè altro per cui la casa resti alterata, purchè non arrechi alcun detrimento. Locchè io non reputo vero indistintamente, perchè rare volte può avvenire che si alteri il muro senza recar danno al vicino; laonde io stimo

Digitized by Google

communis, quoad omnia, quia sic actum fuit inter eos, et potest, aut inter eos est communis, quoad certum usum tantum, puta pro dividendo hortum communem: et tunc non poterit facere fenestram in muro unus ex sociis (1). *Aut est communis simpliciter, et tunc aut faciendo fenestram facit damnum muro communi, et non potest* (2), *aut non facit damnum muro, sed potest respicere in domum vicini de praesenti vel futuro, si in area vicini postea aedificaretur domus, et non potest eadem ratione* (3). *Aut nullo modo facit damnum, nec facere potest, quia murus est fortissimus, et sic propter fenestram alterari non potest, nec etiam propter dictam fenestram potest videri in terra seu fundo vicini, nec de praesenti, nec in futurum, ita ut socii nullo modo intersit, nec interesse potest, et tunc aequum est dicere ut possit* (4), *aut sumus in dubio, si nocet vel nocere potest, et tunc standum est regulae* d. l. Sabinus, *quae dicit, quod in re communi melior conditio prohibentis* (5).

IV. *Sed circa praedicta vidi dubitari, quia unus ex sociis potest murum communem altius tollere* (6), *an ille, qui altius tollit murum communem, possit in muro elevato fenestram facere, et pro sua tantum utilitate. Et ista quaestio dependet a praedictis: nam murus communis altius elevatus per unum tantum ex sociis, efficitur communis* (7), *et tenet Barth., Angel. et Flor.* (8), *et dixi plene supra de pariete sive muro, versic. tertio principaliter est videndum. Ergo in casibus in quibus in muro communi potest fieri fenestra per unum ex sociis tantum, in illis casibus poterit murum elevans in eo fenestram facere, et non alius, ut patet ex praedictis, quia saepe contingit, quod unus vicinus elevat murum communem, et facit fenestram versus vicinum a latere super culmen ipsius vicini. Communiter tamen vidi observari contrarium in facto, quia indi-*

per tutte le cose, perchè così fu statuito fra' soci, ed allora il socio può aprire la finestra; od è fra essi comune soltanto per un uso determinato, per esempio, per dividere l'orto comune, ed allora uno de' socii non può aprirla. Od è comune semplicemente, ed allora, od aprendo la finestra apporta danno al muro comune, e nol può, o non gli reca danno, ma può guardare entro la casa del vicino o presentemente od in avvenire, nel caso che nell'area del vicino si fabbricasse in seguito una casa; e non lo può per la stessa ragione. O non gli reca danno in alcun modo, nè gliene può recare, perchè il muro è fortissimo, e però non può sentire alterazione in causa della finestra, e neppure può per la detta finestra guardare nel terreno o fondo del vicino, nè presentemente, nè in futuro, così che al socio nulla importi, nè debba importare; ed allora vuole equità che si dica, ch'egli può aprirla. Oppure siamo dubbiosi se nuoccia o possa nuocere, ed allora si deve seguire la regola della legge *Sabinus ff. comun. divid.*, la qual dice, che nella casa comune è migliore la condizione di chi proibisce (*c*).

IV. Ma circa le predette cose io vidi dubitare, se, poichè uno de' socii può maggiormente innalzare il muro comune, quegli che lo eleva più in alto possa in esso aprire finestra, e solamente per suo speciale vantaggio? Tale questione dipende dalle precedenti; imperocchè il muro comune maggiormente elevato da uno de' socii, diventa comune, come ritengono Bartolo, Angelo e Floriano, e come ho detto più indietro circa la parete od il muro. Io opino, che ne' casi ne' quali si può aprire finestre nel muro comune da uno de' socii soltanto, in quelli pure potrà chi innalza il muro, e non altri, aprire finestra, come si fa manifesto per le predette cose, conciossiachè spesso accada, che un vicino elevi il muro comune ed apra una finestra verso il vicino da un lato, sopra il tetto dello stesso vicino. Ordinariamente però io vidi esser osservato l'opposto, perchè indistintamente tali finestre si aprono, e

levatis hae fenestrae reperiuntur: et ita fuit alias judicatum, et ubi esset consuetudo, in hoc illi standum esset (1), *et praedicta intellige in muro communi pro indiviso: secus si esset pro diviso communis: quia tunc quilibet posset partem suam elevare, et in parte sua fenestram facere, sicut quis potes in muro proprio aedificare regulariter* (2), *et hoc quando grossities muri pateretur* (3).

V. *Sed posito pro constanti, quod dictae fenestrae in muro altius elevato fieri possint per unum tantum de sociis, sive de jure, sive de consuetudine: ut quia tanto tempore ibi fuerint a parte, quod inducta sit praescriptio* (*), *quod ibi stare possint, an si alter vicinus socius vult elevare domum suam juxta dictum murum prius elevatum, et ponere culmen domus suae aequaliter cum culmine domus vicini, vel etiam supra, an possit, obscurando dictas fenestras vicini ipso invito? Et videtur quod sic,* leg. cum eo. de serv. et l. eos eod. titul. et per l. altius. Codic. eod. titul., *licet illa* (4) *loquatur in aedificante in suo tantum, tamen* (5) *loquuntur generaliter in quocumque aedificante, sive in muro proprio, sive in communi* (6), *maxime cum videatur esse eadem ratio: quia quod commune est, pro eo jure, quod ad me spectat, meum est* (7), *et audio, quod ita de facto servatur Veronae. In contrarium videtur, quod non possit: nam cum ille murus primo elevatus, in quo sunt fenestrae, sit communis: videtur quod alter socius non possit aedificare domum suam, quae est a latere, claudendo, vel obscurando dictas fenestras: quia regula est, quod socius invito socio non potest aliquid aedificare in muro communi, propter quod fiat damnum aut incommodum alit socio* (8). *Ego autem teneo primam partem, videlicet, quod possit, maxime per istam rationem. Nam cum ille murus sit principaliter destinatus ad recipiendum tigna vel culmen domus: poterit elevari domus sua depressa, etiam obscurando lumina alterius vicini* (9), *et ideo si esset jam aedificata domus utriusque vicini super dicto muro, et*

Così fu giudicato altre volte, e dove esistesse consuetudine in proposito, quella si dovrebbe seguire. Le ora dette cose intendi procedere rispetto al muro comune indiviso, non già s'esso fosse comune diviso; perchè in tal caso ciascuno potrebbe innalzare la propria porzione ed aprire in essa finestre, nella stessa guisa che ciascuno può di regola fabbricare nel proprio muro, quando sia grosso manifestamente (*d*).

V. Ma posto per fermo, che le dette finestre nel muro più altamente elevato si possano aprire da uno soltanto de' socii, sia di diritto, sia per consuetudine; perchè da tanto tempo esse esistettero nella sua parte da indurre la prescrizione (*) ch' ivi possano stare, se l'altro socio vicino vuole innalzare la sua casa presso il detto muro prima innalzato, e mettere il suo tetto in eguale altezza con quello della casa del vicino, oppur anche più alto, lo potrà forse fare, impedendo la luce alle dette finestre del vicino, contro voglia di questi? Sembra che sì, per la legge *cum eo ff. de servit.*, per la legge *eos ff. eod. tit.* e per la legge *altius Cod. eod. tit.*, e benchè quest'ultima parli solamente di chi fabbrica nel suo, nondimeno le altre due parlano generalmente di chiunque fabbrica o nel proprio muro o nel muro comune, massimamente perchè sembra esistere la medesima ragione, dacchè ciò ch'è comune, per quel diritto che a me spetta è mio, ed odo che così infatti si pratica in Verona. All'opposto sembra che non lo possa, perchè, essendo comune quel muro prima elevato nel quale si trovano le finestre, apparisce che l'altro socio non possa maggiormente innalzare la casa sua che sta da lato, chiudendo od oscurando le dette finestre, avvegnachè sia regola, che il socio contro voglia dell'altro socio non possa fabbricare alcunchè nel muro comune, per cui gli rechi danno od incomodo. Io poi seguo la prima opinione, cioè che lo possa, specialmente per la seguente ragione. Imperocchè essendo quel muro principalmente destinato a ricever le travi od il tetto della casa, potrà innalzare la sua casa più bassa, anche oscurando le finestre dell'altro vicino; e perciò se le case d'ambidue i vicini fossero fab-

(1) *Ut dictum est supra de moenianis.*

(2) *Ut est dictum supra, in princ.*

(3) *Ut not. Bart. in l. damni, § cum parietem, de damn. infect. et dixi supra de pariete sive muro.*

(4) *L. altius.*

(5) *D. l. cum eo, et d. l. eos.*

(6) *L. 1. § generaliter, de leg. praestan. cum similib.*

(7) *L. pupillus, § final. de verbor. signific.*

(8) *L. Sabinus, communi divid.* et Angel. et Dd. *in d. l. quidam Iberus, et pro hoc vide quae dixi supra de servit. ne luminibus officiatur in 7. quaest.*

(9) *Per l. si communes aedes, et quod ibi not. communi divid. et quod not. in l. Sabinus, per gloss. eod. titul.*

Digitized by Google

unus ipsum prius elevasset, et alter posset eum iterum elevare, etiam obscurando lumina vicini, qui prius elevavit, et in muro elevato fenestras fecit. Nam si aliter diceremus, tolleretur sibi per directum potestas altius tollendi domum suam, et utendi re sua et communi, ad usum destinatum: quae essent contra praedicta jura. Sed ubi murus non esset destinatus ad aedificium domus, sed forte ad dividendum tantum, et uni permissum est, ut in muro elevato superaedificet domum, tunc alter non poterit non tantum reficere fenestras, sed etiam non poterit uti re communi ad usum non destinatum, maxime nocendo vicini per not. per gloss. (1), *et quia concessio sibi facta prius, non debet tolli sibi sine facto suo* (2), *quod bene not. quia quotidie de facto contingit.*

VI. *Superest nunc, ut dicamus si quis potest facere in alieno fenestram domino invito. Et breviter, quod non, nisi esset imposita servitus, quod fieri potest* (3).

VII. *Ultra praedicta potest quaeri, an sit licitum facere fenestram de ligno, quod dicitur balconus, et ipsum aperire in publico supra solum vicini. Et dic breviter quod sic, ut dicitur de janua: quia quatenus se protendit stillicidium potest, ultra non* (4).

VIII. *Item quaeri potest, si promisi vicino sub certa poena non facere fenestram in muro domus meae, et postea illam domum vendo, an emptor poterit facere fenestram: videtur quod sic, quia ista non fuit servitus, sed obligatio quaedam personalis, quod apparet ex forma obligationis, in qua non continetur causa, quare promisit. Si enim causa aliqua exprimeretur, puto ne aliquis usus vicini impediretur, tunc servitus praesumeretur, ita dicit Spec.* (5) *et Flor. refert* (6) *et ibi Barth.* (7). *Et vide omnino dictum Paul. de Cast.* (8) *adde quod dixit Spec. ubi idem tenet, et*

bricate sopra il detto muro, ed uno di essi maggiormente alzasse questo per primo, l'altro potrebbe elevarlo ancor più, sebbene oscurasse le finestre del vicino, il quale lo innalzò primamente, ed aperse in esso finestre. Conciossiachè se altrimenti si dicesse, gli si torrebbe direttamente la facoltà d'innalzare maggiormente la sua casa, e di usare della cosa sua e comune, secondo l'uso prefisso; lo che sarebbe contrario a' testi succitati. Ma quando il muro non fosse destinato a sostenere una casa, ma forse solamente a dividere, e ad uno de' socii fosse permesso di fabbricare la casa sopra il muro innalzato, allora l'altro non potrà non solamente rifare le finestre, ma neppur usare della cosa comune secondo l'uso destinato, specialmente se nuocesse al vicino, per ciò che dice la glossa, e perchè la concessione ottenuta non gli deve esser tolta senza un suo fatto; locchè merita d'esser notato, perchè avviene realmente ogni giorno (*e*).

VI. Resta adesso che esaminiamo, se alcuno possa aprire finestra nell'altrui muro contro voglia del padrone? Rispondi brevemente che no, se non è imposta servitù che ciò si possa fare (*f*).

VII. Oltre le predette cose si può dimandare, se sia lecito fare una finestra di legno, che si chiama balcone, ed aprirla nel pubblico sopra il suolo del vicino? Brevemente rispondi di sì, come si dice della porta, perchè il potrà aprire in tutta la estensione compresa dallo stillicidio, non già più oltre (*g*).

VIII. Del pari si può chiedere se, qualora io abbia permesso al vicino sotto certa pena di non aprire finestre nel muro della mia casa, e poscia io abbia venduto questa, il compratore possa aprirne? Sembra che sì, perchè non fu servitù, ma una certa obbligazione personale, lo che apparisce dalla sua forma, nella quale non è indicata la causa per la quale io promisi. Se invece fosse espressa qualche causa, per esempio, affinchè non sia impedito qualche uso del vicino, allora si presumerebbe essere servitù, come dicono lo Speculatore, e Floriano, e Bartolo, e Paolo di Castro; ed aggiungi total-

(1) *In d. l. Sabinus.*

(5) *In titul. de empt. et vend. versic. sed pon.*

Digitized by Google

vide omnino quae dixi supra in princip. (1), *quomodo cognoscatur an sint servitutes reales, vel personales, ubi plene hoc examinavi.*

IX. *Item quaeri potest, an dominus domus potest obscurare lumina domus locatae alteri, vel in quo alius habet usumfruct. De domo locata* (**), *dic quod non, licet domino obscurare et si obscuraretur etiam ab extraneo, etiam dominus teneretur* (2). *De domo vero, in qua alius habet usumfruct. dic, aut dominus pleno jure vult aedificare in sua domo propria, et potest, licet obscuraretur domus usufruct.* (3), *aut vult aedificare in domo, in qua alius habet usumfruct. et non potest* (4). *Et adde quod usufruct. potest bene fenestras aperire fundi fructuarii* (5). *Sed non potest claudere* (6).

X. *Quid autem est dicendum de fenestris vitreis, ligneis et papyreis, quae vulgo sperae dicuntur, an quis potest eas fenestras domui suae apponere? Et dic regulariter, quod sic, quia in suo potest quis aedificare* (7) *nisi esset servitus imposita, quod fenestra stet aperta, ut vicinus ex ea possit lumen habere et recipere* (8) *vel nisi talis fenestra protenderetur extra parietem, et stillicidium supra solum vicini, quod debet esse liberum* (9).

XI. *Sed an quis cogatur dictas fenestras imponere, et tenere in fenestris sui parietis. Et dic regulariter quod non, nisi servitus esset imposita* (10), *quia saepe contingit inter fratres dividentes inter se domum: quia quando uni obvenit pars domus, quae habet fenestras respicientes in hortum vel partem alterius, fratres conveniunt, quod ipse debeat tenere clausas fenestras cum fenestris, puta vitrei: quoniam valet ista consentio, ut dixi.*

XII. *Sed quid si aliquo vitrea esset fracta, vel tela, vel papyrea, ita quod in*

mente ciò che ho detto prima nel capo *in qual modo si conosca se le servitù sieno reali o personali*, dove pienamente esaminai questo punto (*h*).

IX. Del pari si può dimandare, se il padrone d'una casa possa oscurare le finestre della stessa casa locata (**) ad un altro, o nella quale un altro ha diritto d'usufrutto. Rispondi che ciò non gli è permesso, e se mai fossero oscurati da un estraneo, anche il padrone sarebbe tenuto. Circa poi la casa, della quale un altro ha l'usufrutto, di' a questo modo: O il padrone di pieno diritto vuol fabbricare nella sua propria casa, ed il può, benchè oscuri le finestre della casa usufruttuaria; o vuol fabbricare nella casa, di cui un altro ha l'usufrutto, ed allora nol può. Ed aggiungi che l'usufruttuario può bensì aprire finestre nel fondo usufruito, ma non può chiuderle (*i*).

X. Che si deve poi dire delle finestre di vetro, di legno o di carta, che volgarmente s'appellano *spiere?* potrà chiunque mettere tali finestre nella sua casa? Rispondi, che di regola il può, perchè ciascuno può fabbricare nel suo, qualora non sia imposta la servitù, che la finestra resti aperta onde il vicino possa da quella aver lume e riceverlo, oppure qualora tale finestra non si protendesse fuori del muro e dello stillicidio sopra il suolo del vicino, il quale deve restar libero (*k*).

XI. Ma potrà poi taluno esser costretto ad apporre tali finestre, ed a tenerle nel muro della sua casa? Rispondi, che no di regola, se non è imposta servitù. Ed avviene spesse volte tra fratelli che fanno divisione della casa comune, che quando ad uno tocca una parte di casa, che ha le finestre che guardano sull'orto o sulla porzione di un altro, convengono fra loro che debba tener chiuse le finestre con impannate od invetriate, e questa convenzione è valida, come ho detto (*l*).

XII. Ma che sarà se alcuni vetri sono rotti, oppur le tele, o le carte, così che si possa guardare nella casa dell'altro fratello?

Digitized by Google

ptibus? Dic quod sic (1), *quod not. quia est quotidianum.*

XIII. *Ultimo circa istam materiam de fenestra et balcono,* vide supra de servit. stillicidii avertendi (2), *et per Salic.* (3) *et ibi etiam per omnes Dd.*

(1) *Per l. eum debere, col. in fin. de servitut. urban. praed. conjuncta, l. et si forte, si servit. vend.*

(2) *In 9. quaest. in fin. de servit. ne prospectui officiatur, cum tribus titul. sequentib.* et de pariete,

(*) *Praescript.* Sed quid dicemus de fundo dotali, qui jam inceperat praescribi, antequam daretur in dotem? Respond. quod praescriptio nihilominus currit, licet non poterit inchoari, postquam esset factus dotalis, secus erit de pupillo alteri succedenti, contra quem non currit praescriptio durante pupillari aetate: licet antea fuisset incoepta, sed deferitur usque post pupillarem aetatem (1).

(**) *Domo loc.* Adverte quod contractus locationis et conductionis, et contractus bonae fidei (2), et ideo merces debet convenire arbitrio boni viri (3), alter restituere obligatur. Et quod locatio facta alicui artifici in dubio intelligatur facta propter artificium suum, vide Alexand. *in 3. volum. cons. 131. in ult. col. in fin.*

(1) *L. fin. C. de ann. praescript.*
(2) *Ut instit. de act. § actionum.*

si; lo che dee notarsi, perchè avviene ogni giorno (*m*).

XIII. Finalmente circa questa materia della finestra o balcone, vedi ciò che ho esposto nella servitù precedente, e ciò che dicono il Sálicetо e tutt' i Dottori.

sive muro, *vers. secundo principaliter est videndum,* et stillicidio sive tecto, *in 2. quaest. et de pen. in princip.*

(3) *In l. altius, C. de serv.*

(*) *Prescrizione.* Ma che diremo del fondo dotale che già cominciava a prescriversi prima che fosse dato in dote? Rispondi: che la prescrizione corre ciò non per tanto, sebbene non possa cominciare dopo che il fondo divenne dotale. Altrimenti avverrà circa il pupillo che succede ad un altro, contro il quale la prescrizione non corre durante l'età pupillare, quantunque prima avesse avuto principio, ma si trasporta sino al compimento di detta età.

(**) *Casa locata.* Avverti che il contratto di locazione e conduzione è un contratto di buona fede, e perciò la mercede deve convenire all' arbitrio di un buon uomo. E che la locazione fatta a qualche artefice nel dubbio s' intende fatta per l' esercizio dell'arte sua, vedi Alessandro *nel vol. 3, cons. 131 nell'ultima col. in fin.*

(3) *L. si in lege locationis in princ. ff. locat.*

ANNOTAZIONI AL CAPO LXII.

(*a*) Nell'annotazione *a* al Capo XXXII pagine 295-298, ho detto a quali limitazioni la libertà di formare finestre nel proprio muro sia soggetta per immediata disposizione della legge, ed a quali possa essere assoggettata per fatto dell' uomo secondo il Codice Napoleone.

E nella stessa annotazione pagine 299-301 ho detto, che quella libertà secondo il Codice austriaco non è soggetta per immediata disposizione della legge a veruna limitazione, ma che può esservi assoggettata per fatto dell'uomo.

(*b*) 1.° Per fatto dell'uomo quella libertà è assoggettata a limitazione quando a carico del mio muro stia la servitù di non formare in esso finestre.

Questa servitù può stare per fatto dell'uomo a carico del mio muro, secondo il Codice Napoleone giusta quanto ho detto a pagine 298, e secondo l'austriaco dietro quello che ho osservato a pagina 301 della suddetta annotazione.

2.° Se vendo una mia casa col patto che il compratore non eserciti in essa una determinata arte, quel patto non è di servitù per quanto ho detto nell'annotazione *c* al Capo XXXI.

3.° Se per immediata disposizione di legge o per fatto dell'uomo secondo il Codice Napoleone, e per fatto dell'uomo secondo il Codice austriaco non mi è proibito di formare finestre nel mio muro, posso formarle anche per *emulazione*.

Intorno a questa mi richiamo all'annotazione *f* al Capo XXXIX.

4.° In faccia alla legge civile italiana ed austriaca non havvi differenza tra i conventi ed orti di monache e le altre case ed orti privati.

Quello che vale per questi vale per quelli.

Quindi pel Codice Napoleone esistendo un monastero di donne e volendo io formare finestre nel mio muro contiguo ad esso od al di lui orto, per procacciarmi luce, in regola

Digitized by Google

potrei farlo, adattandomi però alle prescrizioni degli articoli 676, 677 di quel Codice, dall'osservanza delle quali credo che anche potendo le monache non vorrebbero dispensarmi.

Non essendo poi il mio muro contiguo al monastero od all'orto potrei pure in regola formarvi quelle finestre senza farmi carico delle suddette prescrizioni.

Volendo invece formare nel mio muro verso quel monastero od orto finestre a prospetto non potrei farlo a distanze minori di quelle prescritte dagli articoli 678-680 del Codice Napoleone, dalle quali le monache egualmente non mi dispenserebbero.

Ma a quelle prescritte od a maggiori distanze avrei in regola diritto di formarle.

Pel Codice austriaco poi in regola mi spetta senza restrizioni immediatamente imposte dalla legge e senza obbligo di osservare distanze il diritto di formare nel mio muro finestre anche sopra un monastero o sopra l'orto di esso onde procacciarmi aria, luce, prospetto.

Non sono in regola, come ho detto nell'annotazione *c* al Capo LV, nemmeno obbligato a munirle d' inferriata od a tenerne difesa l'apertura.

Ogni qualvolta dunque per le leggi civili italiana ed austriaca ho diritto di formare finestre nel mio muro anche sopra un monastero o l'orto di esso, è necessario che il monastero o l'orto per togliermi quel diritto e per portare così una eccezione alla regola, abbiano acquistato secondo quelle leggi per fatto dell'uomo la servitù di vietarmi di formarle.

Se non l' hanno acquistata e se malgrado a ciò pretendano che io non possa formarle io formandole, non impongo già al monastero od all'orto quella servitù della quale ho parlato nelle ultime righe dell'annotazione *c* al Capo XVI.

Invece il monastero o l'orto di esso, pretendendo che io non possa formarle, vogliono imporre arbitrariamente a me una servitù.

Che se in questo caso mi potesse essere vietato di formarle, ciò non potrebbe per certo aver luogo in base alla legge civile nè italiana nè austriaca, ma dovrebbe aver luogo in base a qualche legge pubblico-ecclesiastica che fosse in vigore.

E se questa legge fosse in vigore, sarebbe legge politica non civile, non sarebbe abolita da quest'ultima, sussisterebbe accanto ad essa, sarebbe legge di pubblico e non di privato diritto.

Tale è, p. e., nel Regno delle due Sicilie la prammatica 2.a *de Monialibus*, della quale parla la Sentenza della Corte Suprema di Napoli del 2 ottobre 1852, la quale leggesi nella Sezione II dell' Eco dei Tribunali, anno 1854, pagina 222.

Per quella prammatica non si può avere introspetto nei monasteri delle claustrali e nei giardini ad essi attigui.

Ma mi par chiaro, non istabilir essa una servitù secondo il diritto civile bensì portare una misura politica fondata nel pubblico diritto onde guarentire la prescritta disciplina claustrale.

(*c*) In quanto al potere un consorte formare a proprio vantaggio finestre nel muro comune, ignorandolo, non acconsentendovi, od opponendovisi l'altro consorte, distinguo tra il muro divisorio ed il non divisorio.

1.° Se è divisorio è proibito formarne senza il consenso del vicino ossia dell'altro consorte, dall'articolo 675 del Codice Napoleone.

Se l'articolo 662 permette sotto certe condizioni di far incavi in questo muro, la facoltà di farvi incavi non può estendersi fino al formarvi finestre che sono ben più e tutt'altro che incavi.

Se non è divisorio, il formarvi finestra mi sembra proibito dall'articolo 1859 n.° 4 del suddetto Codice pel quale uno dei consorti senza il consenso degli altri non può fare innovazioni sopra gl' immobili della comunione quand'anche le pretenda ad essa vantaggiose.

Ora formarvi quelle finestre mi pare una delle suddette innovazioni.

2.° Pel Codice austriaco se il muro è divisorio, ciò è proibito dal § 855 pel quale un consorte può usare di quel muro di sua sola autorità fino alla metà e non più oltre nella grossezza.

E formandovi finestre ne userebbe per tutta la grossezza.

Se non è divisorio, ciò è proibito dal § 828 pel quale se tutt' i consorti non sono d'accordo, nessuno di essi può fare innovazioni nella cosa comune per le quali si disponesse della porzione di un altro.

Digitized by Google

Ora la formazione di finestre parmi che sarebbe una di quelle innovazioni.

Ma il primo consorte non badando alla proibizione forma arbitrariamente nel suddetto muro comune divisorio o non divisorio finestre.

Come dovrà esser egli trattato?

Per quello che ho detto nell'annotazione *l* al Capo XXXIX il primo consorte che ha arbitrariamente formato quelle finestre nel muro a lui ed al secondo consorte comune, le ha formate nel muro che anche a lui è proprio, e non nel muro esclusivamente altrui.

E se non le ha formate nel muro esclusivamente altrui, parmi che non possano indubbiamente venirgli applicati l'articolo 555 del Codice Napoleone ed i §§ 418, 419 del Codice austriaco che riguardano chi fabbrica su quel muro esclusivamente di altri.

Parmi invece che a fronte e nei riguardi del secondo consorte, il primo debba essere considerato come amministratore della cosa altrui senza mandato.

Quindi dovrebbe essere trattato come quell'amministratore, giusta gli articoli 1374, 1375, 1859, 1143 del Codice Napoleone, e giusta i §§ 1035-1040 del Codice austriaco da me esaminati nell'annotazione *r* II al Capo XL, naturalmente in quanto nella formazione delle suddette finestre concorrano gli estremi contemplati da quelle disposizioni di legge.

Mi sembra finalmente che malgrado le proibizioni portate dai Codici Napoleone ed austriaco delle quali ho in quest'annotazione parlato, il primo consorte possa formare o tenere finestre nel muro divisorio o non divisorio a lui ed al secondo consorte comune, quando abbia acquistato diritto di formarle in forza ad un titolo ossia documento scritto, o di tenerle in forza a possesso inducente a di lui vantaggio prescrizione (usucapione).

Quelle legali proibizioni infatti tenderebbero a parer mio ad uno scopo di privata utilità, avrebbero in vista i riguardi privati.

Non vedrei dunque perchè non potesse esservi derogato o per titoli o per possesso come ho detto poco fa.

Veggasi del resto ciò che ho detto secondo il diritto romano e francese sulle derogazioni alle leggi delle distanze nell'annotazione *a* al Capo XXXIII, pagine 294-296.

(*d*) 1.° Ho detto nell'annotazione *q* al Capo XL, che pel Codice Napoleone, se il muro comune è divisorio, un consorte può di sola sua autorità innalzarlo di più.

L'innalzamento, per quanto ho detto nell'annotazione *r* II. B al suddetto Capo, è in tal caso del consorte che lo ha fatto, quando l'altro consorte, secondo l'art. 660, non ne ha acquistato la comunione.

Fino a che l'innalzamento è del consorte che lo ha fatto, ei può formare finestre in quella cosa esclusivamente sua.

Ma quando l'altro consorte ne ha acquistato la comunione, le finestre precedentemente in esso aperte vengono e rimangono comuni ad ambedue i consorti, se intorno a ciò non hanno diversamente disposto, o se uno di essi non ne ha acquistato per usucapione esclusivo diritto.

Dopo divenuto però l'innalzamento comune, nessuno de'consorti può formare in esso senza consenso dell'altro finestre, perchè ciò è proibito dall'art. 675.

E se malgrado tale proibizione ne formasse, sarebbe trattato come amministratore senza mandato di cosa spettante eziandio all'altro consorte, come ho detto nell'antecedente annotazione, ferma però la osservazione da me fatta in fine a quell'annotazione intorno alla derogazione di siffatte proibizioni.

2.° Come ho detto poi nella suddetta annotazione *q* al Capo XL, se il muro comune non è divisorio, un consorte per lo stesso Codice Napoleone non può di sua sola autorità innalzarlo di più perchè ciò è proibito dall'art. 1859 n.° 4 di quel Codice.

3.° Non può poi di sua sola autorità innalzare di più quel muro comune divisorio o non divisorio, pel Codice austriaco, proibendolo i §§ 855, 828 di esso.

Se nei due casi ai num. 2, 3, ei non innalza di più quel muro comune, non può parlarsi di formare finestre in un innalzamento che non vien fatto esistere.

Digitized by Google

innalzamento del muro comune non divisorio, l'ho detto nell' annotazione r II. A n.° 2 al Capo XL.

Nello stesso modo dovrà essere trattato in riguardo alle finestre arbitrariamente formate in quell' innalzamento.

Come debba essere trattato poi secondo il Codice austriaco riguardo all' arbitrario innalzamento del muro comune divisorio o non divisorio, l'ho detto nella suindicata annotazione a pagine 399 e seguenti e precisamente al n.° 2.

Nello stesso modo dovrà essere trattato anche per le arbitrarie finestre di quell' innalzamento.

In somma nei suddetti due casi non sarebbero applicabili a quel consorte l' art. 555 del Codice Napoleone ed i §§ 418, 419 del Codice austriaco, ma lo sarebbero invece gli art. 1374, 1375, 1859, 1143 del primo ed i §§ 1035-1040 del secondo di quei Codici, naturalmente in quanto nel caso della formazione di quelle finestre concorressero gli estremi da queste disposizioni di legge portati.

Noto anche qui finalmente che alle proibizioni portate dall' art. 1859 n.° 4 del Codice Napoleone e dai §§ 855, 828 dell' austriaco può essere derogato, o per titolo, o per possesso, come ho detto in fine della precedente annotazione c al presente Capo.

(e) I. Tizio con derogazione alle proibizioni di cui ho parlato nella suddetta annotazione c ha diritto di avere ed ha finestre in un muro divisorio o non divisorio a lui ed a Sempronio comune.

Sempronio vuol addossare a quel muro la propria casa e togliere così la luce alle finestre di Tizio.

Può farlo?

1. Pel Codice Napoleone distinguo tra il muro comune divisorio e il non divisorio.

a. Per l' art. 657 di questo Codice Sempronio anche senza assenso di Tizio può addossare la propria casa al muro divisorio ad entrambi comune.

In questa sua facoltà di addossarvela sta implicitamente la facoltà di oscurare con essa le finestre di Tizio.

Ma come può essere ciò?

Tizio non ha in confronto a Sempronio la servitù affermativa di avere e tenere finestre in quel muro comune?

E se ciò è, Sempronio non ha la servitù negativa di non togliere la luce alle finestre di Tizio?

E se ciò è ancora, come Sempronio potrà togliere ad esse quella luce, addossando al muro divisorio comune la propria casa?

A parer mio potrà farlo.

La proibizione della quale l'art. 675 del Codice Napoleone aggrava Tizio di formare senz'assenso di Sempronio finestre in quel muro, impose al primo a vantaggio del secondo la servitù di non averne nè tenerne.

Derogata come ho detto a principio quella proibizione, Tizio fu liberato dalla servitù che prima l' aggravava.

Ossia ottenne la libertà di avere e tenere in quel muro quelle finestre.

Ma questa sua libertà di averle e tenerle, non è una servitù di Sempronio.

Ossia Sempronio non è aggravato a vantaggio di Tizio della servitù di non oscurare le finestre di questo, e per conseguenza di non addossare al muro divisorio comune la propria casa che loro toglierebbe la luce.

Tizio e Sempronio si trovano invece in posizione perfettamente eguale.

È libero al primo di avere finestre nel muro divisorio comune per essere stata tolta a suo vantaggio la proibizione dell'art. 675.

Ma questa sua libertà non distrugge l'altra libertà data a Sempronio dall' art. 657, di addossare la propria casa a quel muro e di togliere così la luce alle suddette finestre.

Digitized by Google

e nel quale questo aveva finestre, il secondo possa chiuderle appoggiando al suddetto muro la propria casa.

Ora se Sempronio può chiudere le finestre di Tizio appoggiando la sua casa ad un muro in origine di proprietà esclusiva di questo, ma divenuto poscia ad ambedue comune, la stessa ragione vuole che possa farlo anche in un muro in origine ad entrambi comune.

b. Per l'art. 1859 n.° 4 del Codice Napoleone, Sempronio senza assenso di Tizio non può addossare la propria casa al muro non divisorio ad entrambi comune, perchè su quel muro senza quell' assenso non può fare innovazioni.

Se ha quell' assenso, e se quindi può addossarvela, nella facoltà di addossarvela sta implicitamente e necessariamente la facoltà di oscurare con essa le finestre di Tizio.

Se non ha l'assenso di addossarvela e non l'addossa, non può parlarsi di togliere con essa la luce a quelle finestre.

Se poi senza quell'assenso la addossa ed oscura così le finestre di Tizio, parmi che questo possa venire in giudizio contro di lui per fargli distruggere ciò che senza diritto ha fabbricato.

2.° Pel Codice austriaco, sia il muro comune divisorio o non divisorio, Sempronio, come ho detto nell'annotazione *q* al Capo XL, non può di sua sola autorità addossarvi la propria casa.

Se ve l'addossa coll'assenso di Tizio, o con ciò che, come ho detto in quella annotazione, equivale al suddetto assenso, nella facoltà che così ha di addossarvela sta anche qui la facoltà di togliere con essa la luce alle finestre del proprio consorte.

Se non potendo di sola sua autorità addossarvela non l'addossa, anche qui non può parlarsi di oscurare con essa quelle finestre.

Ma se arbitrariamente ve l' addossa e toglie così la luce alle finestre di Tizio, parmi che questo potrà agire contro di lui per fargli distruggere ciò che ha fabbricato.

II. Tizio con derogazione alle proibizioni delle quali ho fatto cenno nell' annotazione *c* al presente Capo ha diritto di avere ed ha finestre nell' innalzamento a lui ed a Sempronio comune di un muro divisorio o non divisorio egualmente ad entrambi comune.

Sempronio addossar vuole a quell' alzamento una sua casa ed oscurar vuole così le finestre di Tizio.

Può farlo?

Quel comune alzamento mi sembra pertinenza del sottoposto muro inferiore divisorio o non divisorio del pari comune.

Quel che vale dunque pel muro inferiore valere dovrebbe anche per l' alzamento di esso.

Ciò che vale per quel muro inferiore circa all' addossarvi Sempronio la propria casa ed all' oscurare con essa le finestre di Tizio, l' ho detto al n.° I. della presente annotazione.

Lo stesso valer dovrebbe eziandio circa all' addossare Sempronio la propria casa al suddetto alzamento ed all' oscurare con essa le finestre che Tizio ha diritto di avere ed ha nell' alzamento medesimo.

(*f*) È certo che arbitrariamente, cioè senza averne acquistato diritto, nessuno può formare finestre nel muro altrui, perchè di proprio arbitrio e senza quel diritto non può invadere l' altrui proprietà.

(*g*) A questo numero l' autore parla delle finestre di legno che chiama *balconi*.

Parmi che parlar possa delle chiusure esterne delle finestre.

Al n.° X del presente Capo parla poi delle finestre di vetro, di legno, di carta che volgarmente diconsi *spiere* (forse in italiano specchi).

Parmi che parlar possa ivi delle chiusure interne delle suddette finestre.

Nell' annotazione *k* al Capo presente parlerò delle chiusure interne.

Digitized by Google

no esternamente per ripararle dalla pioggia e dal vento, per aver sicurezza nelle stanze, e per farvi oscuro.

Per quest' ultimo motivo si chiamano anche *scuri*.

Le persiane poi che si chiamano anche *griglie*, sono quella specie di chiusura esterna delle finestre formata da due sportelli attraversati ciascuno da spesse stecche paralelle, calettate obbliquamente, chiusura che serve a parare a volontà la vista, la troppa luce ed il conseguente calore senza impedire la circolazione dell' aria, ed anche in qualche modo a dar sicurezza alle stanze.

Nei nostri paesi le finestre si muniscono o di *scuri* o di *griglie*.

A Venezia p. e. sono molto più comuni i primi delle seconde.

1.° Chi ha diritto di formare e tenere finestre in un muro, parmi che debba avere anche il conseguente diritto di formarle e tenerle nei modi d' arte comunemente usati nel paese, i quali perciò, se anche non espressi, deggiono ritenersi d'ordinario supposti.

Parmi dunque che presso noi in regola debba avere ed abbia il diritto di munirle esternamente di *scuri* o di *griglie* che sono i mezzi di chiusura comunemente adottati.

Due sentenze conformi di I. e III. instanza riportate nella Sezione II. dell'*Eco dei Tribunali* pel 1851 a pagine 205, 224 decisero secondo la legge civile austriaca che il diritto conceduto dal proprietario del fondo serviente a quello del dominante di aprire finestre prospicienti sul fondo del primo, comprenda anche il diritto di munirle di *griglie* perchè nel primo diritto è compreso quello di costruirle nei modi d' arte comunemente adottati e perchè fra quei modi havvi pur quello di guernirle delle suddette *griglie*.

Quel che dicesi per le *griglie* dirsi dovrebbe anche pegli *scuri*.

In via di eccezione non si avrebbe diritto di munire esternamente le proprie finestre di quegli accessorii quando taluno avesse acquistato l' opposto diritto d' impedire di guernirvele.

2.° Ma suppongo di avere diritto di formare e tenere in un muro finestre munite di *scuri* o di *griglie*.

Potrò far isporgere quegli accessorii fuori della linea del muro sullo spazio, o raggio d' aria perpendicolare ad un fondo contiguo?

Distinguo:

a. O quello spazio o raggio d' aria è mio ed allora operando sul mio posso farli sporgere in esso.

L' autorità politico-amministrativa per prevalenti pubblici riguardi potrà prescrivermi di farveli sporgere un po' meno anzichè un poco di più, però non rendendoli inetti al loro uso di chiudere le finestre.

In generale non vedrei quale vantaggio derivar potesse ad un privato dall' impedirmi di farli sporgere o del tutto, ovvero un po' più anzichè un po' meno nel mio spazio o raggio d' aria

Non vedrei quindi che potesse avere interesse di acquistare quel diritto d'impedirmelo.

Ma se per caso straordinario l' avesse acquistato, esso sussisterebbe ed io dovrei rispettarlo.

b. O quello spazio o raggio d' aria è d' altri, ed allora distinguo ancora.

Od è pubblico, cioè perpendicolare a fondo in uso del pubblico, e col permesso dell' autorità politico-amministrativa potrei farveli sporgere.

Od è privato altrui, ed allora non potrei farlo senza che il proprietario di esso me lo abbia permesso o senza che abbia contro di lui acquistato diritto di farveli sporgere, per-

Digitized by Google

Se non dovesse in questo caso di eccezione tollerare quella invasione, avrei contro di lui diritto di tenere quegli accessorii senza poter esercitarlo, locchè mi sembrerebbe un assurdo.

Ciò per le chiusure esterne ordinarie e comuni delle finestre, avvertendo finalmente che pei riguardi specialmente della pubblica sicurezza, l' autorità politico-amministrativa può regolare la forma e la sporgenza anche di quelle che sono pendenti su spazio o raggio d' aria di ragione privata.

Vengo ora alle chiusure esterne non comuni, ma di rado presso noi applicate alle finestre.

Queste come ho detto consistono nelle impannate e consister ponno nelle gelosie.

Di queste ultime parlerò nel susseguente Capo.

Le impannate secondo la parte I. del Vocabolario domestico del Carena Capo II. dell' abitare, sono nell' uso odierno le seconde invetriate aggiunte per di fuori alle finestre nell' inverno a maggiore riparo dall' aria e dal freddo.

Sono quelle che noi comunemente chiamiamo *contro-finestre.*

Esse ponno essere o mobili sopra cardini, o mobili fra scanalature, od immobili e sempre chiuse.

Nelle prime, i cardini sono laterali fissati in un telaio assicurato al muro.

Il secondo telaio che porta le lastre è ordinariamente diviso in due parti che si combaciano verticalmente nel mezzo, e che si chiudono ed aprono a piacimento, facendole girare al di fuori della finestra.

Nelle seconde, le scanalature per lo più verticali sono praticate nel telaio fisso nel muro. La *contro-finestra* si apre o si chiude facendo scorrere i secondi telai che portano le lastre lungo le scanalature medesime dal basso all' alto o viceversa e non già facendoli girare fuori della finestra.

Nelle terze, siccome non occorre aprirle, il secondo telaio è superfluo e vengono fissate al muro con chiodi.

Le *contro-finestre* sono presso noi d' uso raro, per non dire rarissimo.

Se ho diritto di tenere finestre nel mio muro, ho anche diritto di guernirle di *contro-finestre*, e se lo spazio o raggio d' aria fuori della linea di esso è mio, ho anche diritto di farvele sporgere, a meno che, come ho detto poco fa ai n.i 1 e 2, talun privato non abbia in mio confronto acquistato diritto d' impedirmelo, od a meno che l' autorità politico-amministrativa per prevalenti pubblici riguardi non mi obblighi a farle sporgere un po' meno anzichè un poco di più.

Non ho diritto di tenere finestre nel muro altrui nè quindi di munirle di quell' accessorio se non ho in confronto al proprietario del muro acquistato quel diritto.

Senza permesso della suddetta autorità non posso far isporgere le mie *contro-finestre* su spazio o raggio d' aria pubblico perpendicolare a fondo in uso del pubblico.

Non ho diritto di farle sporgere nello spazio o raggio d' aria privato altrui, senza avere acquistato in confronto al proprietario del suddetto spazio o raggio d' aria quel diritto.

Ma se avessi diritto di tenere finestre munite di *contro-finestre* nel muro privato altrui, ed il proprietario di questo lo fosse anche del fondo contiguo e dello spazio o raggio d' aria perpendicolare ad esso, dubiterei che nel diritto di tenere quell' accessorio, fosse tacitamente compreso l' altro diritto di farlo sporgere in quello spazio o raggio d' aria.

Ripeto che presso noi le *contro finestre* non sono di comune, ma di raro per non dire rarissimo uso.

Non sarebbero dunque modo d' arte di formare e tenere finestre comunemente usato nel paese, modo che fosse, se anche non espresso, da ritenersi d' ordinario tacitamente supposto.

Dunque nel mio diritto di tenere finestre con *contro-finestre* nel suddetto muro privato altrui, non sarebbe tacitamente compreso l' altro diritto di farle sporgere nello spazio

Digitized by Google

(*h*) A principio dell'annotazione *a* al Capo VIII ho detto quando in una promessa abbiavi servitù, ovvero diritto reale ma non di servitù, ovvero semplice obbligazione personale.

Se promettendo ad altri di non aprire, sotto l'accessoria minaccia di una penale, finestre nel mio muro ho a carico di questo ed a vantaggio di un fondo altrui obbligo reale di astenermi dall'aprirle, vi avrà servitù anche per ciò che ho detto nell'annotazione *b* al Capo II.

E questa servitù, come ho notato nell'annotazione *e* al suddetto Capo, seguirà il mio muro ed il fondo altrui senza riguardo ai loro possessori.

Quindi il compratore di quel mio muro sarà obbligato a non aprirvi, come non poteva farlo io, finestre.

Se poi come ho detto nella suaccennata annotazione *a* al Capo VIII nel caso concreto non ho assunto a carico del mio muro ed a vantaggio di un altrui fondo obbligo reale d'astenermi dall'aprire quelle finestre, allora non vi avrà servitù ma semplice mia obbligazione personale.

Questa mia obbligazione personale, quando per convenzione non sia ristretta alla mia sola persona, passerà a' miei eredi come ho osservato nell'annotazione *e* al Capo II, non parendomi nè per la natura di essa nè per legge ristretta a me solo.

E vi passerà quando e fino a che posseggono il muro, per la loro qualità di eredi.

Parmi che vi passerà anche quando avessi loro venduto e non lasciato in eredità il muro.

Allora nella loro qualità di eredi sarebbero tenuti a garantia verso colui col quale mi sono personalmente obbligato a non aprire le finestre nel muro.

Come compratori non potrebbero sottrarsi alla obbligazione di astenersi di aprirle, per la quale dovrebbero garantia come eredi.

Qui sarebbe applicabile la massima di diritto: *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Ma se compratore fosse un terzo, allora parmi che quella mia semplice obbligazione personale in lui non passerebbe, sicchè non sarebbe obbligato ad astenersi di aprirle nel muro comprato quando nel contratto di compra non lo avesse promesso.

(*i*) Il proprietario di una casa ad altri locata o della quale altri ha l'usufrutto può togliere la luce alle finestre di essa?

Pel § 1096 del Codice austriaco il locatore dee consegnare la cosa locata in istato tale che il conduttore ne possa fare uso, nè dee turbarlo nel convenuto uso o godimento.

E per l'art. 1719 del Codice Napoleone è tenuto per la natura del contratto e senza bisogno di speciale stipulazione a mantenerla in istato di poter servire all'uso per cui venne locata, ed a fargliene avere il pacifico godimento per tutto il tempo della locazione.

Se dunque il proprietario della casa locata col togliere la luce alle finestre di essa la ponesse come dice il Cod. austriaco in istato tale che il conduttore non ne potesse far uso e lo turbasse così nel convenuto uso o godimento e la ponesse come dice il Codice Napoleone fuor di stato di servire all'uso per cui venne locata, e non gliene facesse così avere il pacifico godimento, parmi che non potrebbe farlo.

In quanto poi alla casa della quale altri abbia l'usufrutto, se il proprietario togliendo la luce alle finestre di essa, togliesse o menomasse all'usufruttuario quel godimento che gli spetta secondo il § 509 del primo e secondo l'art. 578 del secondo di quei Codici, parmi che non potrebbe farlo.

A proposito di questo usufrutto veggasi anche l'annotazione *d* al Capo XXXIX.

(*k*) Come ho promesso a principio dell'annotazione *g* a questo Capo, parlo ora delle chiusure interne delle finestre.

Credo di poterle ridurre alle invetriate, alle imposte, alle impannate.

1.° Le invetriate sono le chiusure fatte con vetri o cristalli all'apertura delle finestre, e che si aprono e chiudono al di dentro di queste.

2.° Le imposte oltre al chiudere all'esterno le finestre ponno chiuderle anche al di dentro.

In quest'ultimo caso sono que' due legnami ingangherati coi quali le finestre si chiudono appunto internamente per far oscuro nella stanza e che perciò si chiamano anche *scuri* o meglio *scurini*.

Digitized by Google

3.° Le impannate che nell' uso d' oggidì sono le *contro-finestre*, erano in altri tempi e ponno essere anche adesso, ove ve ne abbiano, le finestre semplici aventi fogli di carta, o pannolino, o tela incerata invece di vetri o di cristalli.

Anch' esse mi pare che chiudano al di dentro le finestre.

4.° Vi hanno poi anche le così dette persiane da tirare, applicate alle finestre.

Esse sono una sorte di persiana a stecche libere, larghe e sottili, rattenute paralelle da altrettante staffe di trecciolo, ossia nastro di grosso refe da potersi volgere a varia inclinazione, o raccogliere ed alzare tutte insieme contro l' architrave mediante funicelle che ricadono da lato contro i due stipiti della finestra.

Di queste persiane da tirare se ne veggono specialmente a Venezia.

Ma piuttosto che fare l' uffizio di chiusura interna della finestra parmi che facciano quello delle tende o *cortine* di essa, onde parare il sole, l' aria e la vista, perlochè non crederei di annoverarle fra quelle chiusure.

Veggasi per altro il Vocabolario domestico del Carena da me citato anche nell' annotazione *g* del presente Capo, a tutte queste voci.

Credo che io proprietario di una casa possa guernire le finestre di essa di queste invetriate, imposte, impannate, persiane da tirare.

Non vedrei pubblici riguardi che a ciò si opponessero.

Nei riguardi poi del diritto privato, non vedrei d' ordinario quale vantaggio derivar potesse ad un privato dall' impedirmi di guernirvele, e quale interesse potesse avere di acquistare il diritto d' impedirmelo.

Ma se per caso straordinario avesse acquistato quel diritto d' impedirmelo, parmi che dovrei rispettarlo.

(*l*) Siccome in regola mi è libero di fare nella casa mia ciò che voglio, non potrei essere obbligato a munire le mie finestre delle chiusure esterne od interne delle quali ho parlato nelle precedenti annotazioni *g k*, quando in via d' eccezione non me ne incumbesse il dovere per qualche fondamento di diritto privato, o quando effettivi prevalenti pubblici riguardi di sicurezza o di ornato non inducessero l' autorità politico-amministrativa a prescrivermi di munirvele.

(*m*) Le chiusure esterne od interne di finestre esistenti nel mio muro sono rotte ed hanno bisogno di essere ristaurate o rinnovate.

A chi ne incumbe la spesa?

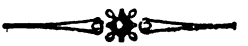
Se tengo quelle finestre a titolo di proprietà, incumberà in regola a me come proprietario.

Se altri le tiene a titolo di servitù che aggravi il mio muro, esse sono veramente sue e non mie.

A lui dunque in regola incumberà quella spesa.

Se poi ho l' obbligo di tenere munite le mie finestre di alcuna di quelle chiusure, come, per esempio, quando, secondo l'art. 676 del Codice Napoleone, io doveva munirle di invetriate fisse, incumberà in regola a me anche il conseguente obbligo di sopportare la spesa del loro ristauro o rinnovamento.

Ciò in regola e quando per qualche speciale fondamento di diritto quella spesa invece non incumbesse in tutto od in parte ad altri, anzichè al proprietario delle finestre.



Digitized by Google

CAPUT LXIII.

DE SPECULARIBUS.

I. *Specularia sunt, quae vulgo gelosiae dicuntur.* — II. *Domus usumfructum si quis habeat, an etiam specularia tamquam domus instrumenta veniant, ita quod proprietarius non possit prohibere usufructuarium illis uti.* — III. *Specularia an indistincte fenestris apponi possint.*

I. *Specularia sunt, quae vulgo gelosiae dicuntur, ab inspiciendo dicta* (1), *et instrumenta sunt domus lignea, quae in fenestris poni solent, ut ibi stantes maxime mulieres videre, et non videri possint: et si sunt affixa fenestris, pars domus sunt, et domo vendita continentur, etiam si sint in aedificio posita, et ad tempus detracta reponantur* (2). *Sed si sunt de novo facta, et nondum imposita, sed ad hoc facta, ut imponantur, et suppleantur, si quae desunt: tunc non sunt pars domus, sed instrumento domus continentur* (3).

II. *Et ideo si quis habet usumfruc. domus, veniunt etiam specularia tanquam domus instrumenta: et proprietarius non potest prohibere fructuarium illis uti* (4); *et propterea videtur esse legata vel vendita domus sine instrumento: ideo non ne-*

CAPO LXIII.

DELLE GELOSIE.

I. Gli *speculari* volgarmente s'appellano gelosie. II. Se qualcuno ha l'usufrutto d'una casa, saranno in esso comprese anche le gelosie, come attrezzi della casa, così che il proprietario non possa proibirgli di usare di quelle? — III. Se indistintamente le gelosie si possano porre alle finestre.

I. Gli *speculari* sono quelli che il volgo appella gelosie, così chiamati da *inspicere* (guardare per entro), e sono strumenti di legno, che si sogliono porre alle finestre, onde coloro che ad esse si stanno, massimamente le donne, possano vedere e non esser veduti; e se sono attaccati alle finestre, formano parte della casa, e sono compresi nella vendita di essa, ancorchè sieno deposti nell'edificio, e levati per certo tempo, poscia si ripongano al primiero luogo. Che se sono fatti per la prima volta e non ancora imposti, ma destinati ad essere collocati, e vengono surrogati qualora manchino; in tal caso non formano parte della casa, ma sono compresi negli attrezzi di essa (*a*).

II. E però se alcuno ha l'usufrutto d'una casa, in essa si ritengono comprese anche le gelosie, come suoi strumenti, ed il proprietario non può vietargli di usare di quelle. Laonde la casa sembra essere legata o venduta senza attrezzi, e però non si compren-

Digitized by Google

runt apposita fenestris, quia illa sunt instrumenta domus, ut dixi, sed specularia affixa, vel ad tempus detracta, ut reponantur, bene comprehenderetur, quia ut dixi, ista pars domus non sunt instrumenta (1).

III. *Circa ista specularia posset dubitari, an indistincte possint poni in fenestris? Distingue breviter. Aut quis vult ea ponere in fenestris suis, et tunc regulariter potest: nisi esset servitus constituta* (2). *Aut vult ponere in communi fenestra socio invito, et non potest* (3). *Aut quis vult ea ponere in fenestris alienis, et non potest regulariter, nisi esset servitus constituta* (4). *Aut vult quis ponere in sua fenestra propria: et tunc aut specularia non excedunt parietem suum proprium: et breviter potest, sicut etiam in suo fenestram facere* (5), *nisi esset sibi servitus imposita, ut non possit ibi tenere specularia, ad hoc forte, ut ex illis fenestris posset haberi lumen in domo vicini* (6). *Aut specularia excedunt parietem: et tunc aut sunt super solum publicum, et de consuetudine servatur ubique, quod possint fieri, ergo dicendum est quod possint* (7). *Aut sunt supra solum vicini privatum: et tunc sub suo stillicidio, quatenus protendit stillicidium, vel circa, et fieri possunt, sed non ultra* (8).

attaccate alle finestre, perchè quelle sono istrumenti della casa, come ho detto, ma bensì le gelosie imposte o levate per alcun tempo ond'essere rimesse, perchè, come dissi, questi istrumenti non formano parte della casa (*b*).

III. Intorno queste gelosie si può dubitare se indistintamente possano imporsi alle finestre? Brevemente distingui. Od alcuno vuol porle nelle sue finestre, e di regola il può, se non è costituita una servitù. O vuole porle nella comune finestra contro voglia del socio, ed allora nol può. Od alcuno vuol metterle nelle finestre altrui, e di regola nol può, se non è costituita una servitù. Od alcuno vuol porle nella sua propria finestra, ed allora, o le gelosie non sorpassano il suo proprio muro, ed in breve si dica che il può, come può ancora aprire finestre nel proprio, se però non gli fosse imposta la servitù che non possa ivi tener gelosie, forse per ciò che da quelle finestre la casa del vicino possa aver luce. O le gelosie sorpassano la grossezza del muro; ed allora, o stanno sopra il pubblico suolo, e poichè v' ha consuetudine generale che possano farsi, deve conchiudersi che porre si possano. O stanno sopra il suolo privato del vicino, ed in tal caso sotto il proprio stillicidio per quanto si protende od all' incirca, ed allora si possono mettere fin là, ma non più oltre (*c*).

(1) *Ut probatur in d. l. quaesitum* § *specularia de fund. instr.*

(2) *Ut dixi supra de fenestris, vers. superest nunc ut dicamus, et vers. sed an quis cogatur.*

(3) *Per l. Sabinus, communi divid. et per ea quae dixi supra tit. proxim. vers. nunc dicamus.*

(4) *Ut dixi supra de fenestris, vers. superest nunc ut dicamus, et vers. an quis cogatur.*

(5) *Ut l. altius, C. de servit.*

(6) *Ut probatur in l. lumen de serv. urban. praed. et dixi supra de serv. lumin. vers. item est alia differentia, et in tit. praed. in princ. in vers. superest nunc, et vers. quid autem.*

(7) *L. 4. et l. an in totum, Cod. de aedific. privat. cum simil.*

(8) *Per l. fin.* § *fin. cum ibi not. per gloss. et Dd. de servit. urban. praed.* et per idem quod dixi de fenestra, de ligno, *supra tit. praeced. vers. ultra praedicta potest quaeri.*

ANNOTAZIONI AL CAPO LXIII.

(*a*) Ho detto nell'annotazione *g* al precedente Capo che cosa sieno le persiane o *griglie*. Distinguo da esse le gelosie.

Gelosie, secondo il vocabolario domestico del Carena Parte I, Capo II a quella voce, sono assi variamente traforate, infisse nelle parte inferiore delle basse finestre al terreno, per impedire in grosso l'altrui vista (dal di fuori) ed anche per vedere ciò che al di fuori si passa senza essere veduti.

Sembrerebbe a me però che fossero gelosie le suddette assi, anche se infisse dall'alto al basso di una intiera finestra collocata nei piani superiori di una casa.

L' essere esse infisse nelle finestre, parmi che provi l' intenzione della quale parlano i §§ 294, 297 del Codice austriaco, e gli art. 524, 525 di quello del Regno d' Italia, che vi stieno continuamente, permanentemente, perpetuamente, e non temporaneamente soltanto.

Essendo dunque infisse, sono pertinenze di quelle finestre.

Digitized by Google

Lo sarebbero anche quando vi venissero levate, però soltanto temporaneamente e per rimettervele.

Levate dal padrone delle finestre per non rimettervele più, parmi che cesserebbero di esserne pertinenze.

Sono infatti cose per natura mobili, divenute immobili soltanto per destinazione del proprietario.

Ora come ho detto nell'annotazione *h* al Capo XLI pei materiali componenti un tetto, è in libertà di quel proprietario di mutarne la destinazione e di togliere così ad esse il carattere di pertinenza.

Se poi le gelosie sono pertinenze delle finestre solo quando o sono attualmente infisse in esse, od essendovi state infisse ne furono bensì levate, ma per rimettervele, sembra che non possano sicuramente qualificarséne pertinenze le gelosie nuove non mai infisse, sebbene preparate ad esserlo.

Per qualificarle tali mancherebbe il contrassegno essenziale o della infissione attuale od almeno di quella che vi fosse stata precedentemente eseguita.

In conseguenza di tutto ciò se vendo o lascio in legato una mia casa ed al momento della vendita o della mia morte nelle finestre di quell'immobile sono infisse gelosie, l'avervele io lasciate infisse proverebbe a favore del compratore o del legatario la mia intenzione di avervele collocate permanentemente e non temporaneamente.

Avrebbero quindi il carattere di pertinenze di quelle finestre e quando non le avesse escluse dalla vendita o dal legato vi sarebbero comprese.

Il compratore od il legatario avendo nella infissione a favor loro la prova che sono pertinenze, avrebbero contro me venditore o contro la mia eredità diritto ad esse appunto come pertinenze senza che fossero tenuti a fare su ciò altra prova.

Se io come venditore o la mia eredità nel caso del legato sostener volessimo non essere esse pertinenze fare ne dovremmo la prova.

Cioè provare dovremmo averle io infisse alle finestre non permanentemente, perpetuamente, ma soltanto temporaneamente.

Quella prova c' incomberebbe anche perchè:

1.° trovandosi infisse al tempo della vendita o della mia morte il compratore od il legatario ne avrebbero diritto, tanto pei §§ 686, 1047, 1061 del Codice austriaco, quanto pegli art. 1018, 1614, 1615 del Codice Napoleone pei quali la cosa venduta o lasciata in legato esser dee consegnata ad essi nello stato in cui trovasi al momento della vendita o della morte di chi fece il legato, con tutte le sue accessioni ed accessorii, quindi con tutte le sue pertinenze;

2.° negando loro quel diritto sosterremmo non essere quelle gelosie pertinenze per essere state infisse nelle finestre non perpetuamente, permanentemente, ma soltanto temporaneamente.

Addurremmo così un fatto, e ci correrebbe obbligo di provarlo.

Ma se alle mie finestre fossero state infisse gelosie ed io ve le avessi fatte levare per modo che al momento della vendita della mia casa, od in quello della mia morte, trattandosi di legato, non vi fossero più unite, allora parmi che mancando la infissione, mancherebbe a favore del compratore o del legatario la prova dell'essere quelle gelosie pertinenze delle finestre.

Sicchè se contro me venditore o contro la mia eredità ne facessero valere diritto qualificandola pertinenze, provare dovrebbero che sieno tali.

Cioè provare dovrebbero averle io levate temporaneamente soltanto e per rimetterle alle finestre.

Finalmente se preparate di nuovo, non vi fossero state mai infisse, parmi che nel sud-

Digitized by Google

E nell'art. 532 del Codice Napoleone trovo il principio che i materiali raccolti per costruire nuovo edifizio sono mobili (quindi non pertinenze di esso) fino a che l'operajo gl'impieghi nella costruzione.

Se dunque è principio di diritto che le cose, le tegole, i materiali preparati per nuovo edifizio ma non ancora adoperati in esso sono mobili e non sono pertinenze di quell'immobile, pare che per la stessa ragione dovesse dirsi anche secondo il diritto austriaco e francese, non essere nemmeno pertinenze delle finestre le nuove gelosie non ancora in esse infisse, sebbene preparate per esserlo.

Do fine poi alla presente annotazione col ripetere la osservazione fatta dal Professore di Stubenrauch nelle recenti sue illustrazioni al vigente Codice civile §§ 293-297, che cioè perchè vi abbia pertinenza la unione dee essere fatta dal proprietario.

Sicchè se le gelosie fossero infisse alle finestre da un conduttore, da un usufruttuario ec. soltanto e non dal proprietario, non ne sarebbero pertinenze.

Lo stesso parmi che avesse prima opinato anche il nostro Basevi nelle sue annotazioni al § 297 del suddetto Codice, quando adducendo l'esempio delle macchine destinate ad esercitare qualche industria, dice che sebbene assicurate od infisse ai muri, non diventano immobili quando sono di spettanza del conduttore.

(*b*) Tutto quello che ho detto nella precedente annotazione parmi che servir possa a decidere anche le questioni, se debbano o no essere considerate pertinenze di una mia casa della quale ad altri spetta l'usufrutto, le gelosie o infisse nelle finestre di essa o levate temporaneamente ma per rimettervele, o levate per non rimettervele più, ovvero costruite di nuovo, ma non mai infisse sebbene preparate ad esserlo.

(*c*) Alle mie finestre posso infiggere gelosie quando altri non abbia acquistato diritto d'impedirmelo.

Nelle finestre esclusivamente d'altri non posso farlo se non ne ho acquistato diritto.

Nemmeno nelle finestre comuni a me e ad altri consorti senza il loro consenso secondo l'art. 1859 n.° 4 del Codice Napoleone, e senza il loro assenso o senza ciò che equivale a quell'assenso, secondo i §§ 828, 833-835 del Codice austriaco.

Sembrami che d'ordinario le gelosie s'infiggano alle finestre senza farle sporgere fuori della linea del muro sullo spazio o raggio d'aria perpendicolare al fondo contiguo.

Se avessi poi diritto d'infiggere a finestre gelosie e volessi farle sporgere fuori della linea di quel muro sullo spazio o raggio d'aria mio, o pubblico ovvero privato altrui, parmi che valere dovesse quello che ho detto nei casi consimili delle impannate ossieno *contro-finestre*, nell'annotazione *g* al Capo antecedente.

Finalmente se avessi diritto di tenere finestre munite di gelosie nel muro privato altrui, ed il proprietario di questo lo fosse anche del fondo contiguo e dello spazio o raggio d'aria perpendicolare ad esso, nel diritto di tenere alle finestre quell'accessorio sarebbe o no tacitamente compreso l'altro diritto di farlo sporgere nel suddetto spazio o raggio d'aria?

A me sembra che presso noi anche le gelosie, come le impannate, ossieno *contro finestre*, non sieno di comune ma di raro, per non dire rarissimo uso.

Se in ciò non m'inganno, sembrami che alle gelosie sia applicabile quello che ho detto per le *contro-finestre* in fine della suddetta annotazione *g* e ciò tanto più in quanto che se in riguardo alle *contro-finestre* posso tenerle o mobili fra scanalature, ovvero immobili e sempre chiuse, senza che girino sullo spazio o raggio d'aria al di fuori, per le gelosie posso senza incomodo tenerle infisse alle finestre, in modo che non isporgano per nulla al di fuori.

Se poi in ciò m'ingannassi, ed invece presso noi le gelosie fossero chiusure comunemente applicate alle finestre, allora parmi che dovrebbe valere per esse quello che ho detto nel caso consimile degli *scuri* e *griglie* nella suaccennata annotazione *g*.

Digitized by Google

CAPUT LXIV.

DE CAMINO.

I. *In camino quot principaliter consideranda.* — II. *Ignis super solario facientis fieri potest, nisi vicinus incendii periculum timeat.* — III. *Solarium si commune sit, et ille qui est inferior, incendii periculum timeat, cautio damni infecti peti potest.* — IV. *Murum sub solario vicinus inferior occasione incendii evitandi, quibus expensis facere possit.* — V. *Caminum faciens an vicino invito murum in solario communem facere possit.* — VI. *Ignem juxta parietem communem etiam maximam, sicuti solet nuptiarum tempore fieri, quo casu socius facere possit.* — VII. *Cuppa camini an et quo casu a socio fieri possit.* — VIII. *Socio quilibet muri communis, in qualibet ipsius particula portionem habet.* — IX. *Caminum quandocumque aliquis in pariete communi aedificare velit, et murus ita debilis existat, ut pro faciendo ignem temperatum etiam pro usu suo torreretur: an possit facere murum parvum a parte sua unius pedis altitudine, ut communiter ipsa flamma ascendere possit.* — X. *Murum juxta alienum etiam non dimisso spatio unius pedis, quispiam alium murum sine fundamento, vel etiam modico facere potest.* — XI. *Camini tubus an, et ubi, quomodo fieri debeat.* — XII. *Fumus, qui de tubo camini exit, quomodo manifestet, an murus proprius communis existat.*

I. *In camino quinque principaliter considerari possunt: primum camini locus, in*

CAPO LXIV.

DEL CAMMINO.

I. Quante cose principalmente si debbano considerare nel cammino. — II. Si può far fuoco sopra il proprio solaio, se però il vicino non tema pericolo d'incendio. — III. Qualora il solaio sia comune e quegli che sta di sotto tema il pericolo d'un incendio, può chiedere la cauzione del danno temuto. — IV. A spese di chi il vicino sottoposto possa fabbricare il muro sotto il solaio onde schivare il pericolo d'incendio? — V. Se chi fa il cammino possa fabbricare un muro nel solaio comune a malgrado del vicino? — VI. In qual caso il socio possa fare presso il muro comune un fuoco anche grandissimo, come suol farsi in tempo di nozze. — VII. Se ed in qual caso il socio possa fabbricare la cappa del cammino? — VIII. Ciascun socio del muro comune ha una porzione in ciascuna particella di quello. — IX. Qualora taluno voglia fabbricare un cammino nel muro comune, ed il muro sia così debole, che, anche facendo un fuoco mediocre per proprio uso, si abbruciasse, potrà forse fabbricare un muro dal suo canto dell'altezza di un piede, onde la fiamma possa ascendere in comune? — X. Chiunque può alzare un altro muro senza fondamento o con fondamento mediocre presso il muro altrui, anche senza lasciare interposto lo spazio di un piede. — XI. Se, dove ed in qual modo si debbà fare la canna del cammino. — XII. In qual modo il fumo, ch'esce dalla canna del cammino, indichi se il muro sia proprio o comune.

I. Cinque cose principalmente si possono considerare nel cammino: primo, il luo-

Digitized by Google

III. *Item quando solarium est commune: et ille qui est inferior timeret periculum incendii: quia solarium non haberet sub se murum, et tunc potest peti cautio damni infecti* (1), *imo plus posset facere vicinus inferior murum sub solario* (2).

IV. *Sed cujus expensis? videtur quod facientis* (3): *nisi esset servitus apposita illius oneris ferendi, quia tunc deberet fieri expensis communibus* (4). *Adverte tamen quia nec haec servitus oneris ferendi esse potest hic in re communi pro indiviso* (5), *et ideo non potest dici, quod fieri debeat expensis communibus: fiet ergo murus sub solario per aedificantem caminum expensis suis, et non domini inferioris, qui solummodo pati tenetur* (6).

V. *Sed nunquid faciens caminum potest facere murum in solario communi invito vicino? Credo sic, quia ut dixi, nedum est utile; sed etiam necessarium, propter periculum incendii.*

VI. *De secundo vero, scilicet de igne, qui fit in camino: dic, aut murus a latere est ita grossus, qui est communis, quod ex igne non potest recipere detrimentum: et tunc alter ex sociis potest facere ignem juxta parietem communem, etiam maximum sicut fit tempore nuptiarum, et ita tenet Angel., et Paul. de Castr.* (7), *aut paries non est ita grossus: et tunc aut vult facere ignem familiarem et temperatum et potest, etiam si aliquod damnum faciat: ex quo utitur ad usum destinatum* (8), *et ita tenet Angel.* (9), *etiam pro hoc allego optimum text.* (10), *et quod ibi not. per gloss. et Dd. et maxime Flor. Item quia utitur re ad usum destinata* (11): *aut vult facere ignem non familiarem, nec temperatum, propter quod fit damnum parieti communi, et non potest* (12), *et hoc tenet ibi Bart., Bald. et communiter Dd. Ang.* (13).

VII. *De tertio scilicet cuppa camini: dic aut aedificium sit in muro proprio aedificantis, aut alieno, aut in communi: Primo casu, quando sit in proprio non*

III. Del pari, quando il solaio è comune, e quegli che sta di sotto tema il pericolo d'incendio, perchè il solaio non ha muro sotto di sè; ed allora può chiedere cauzione pel danno temuto; anzi di più, il vicino inferiore potrebbe fabbricare un muro sotto il solaio.

IV. Ma a spese di chi si farà questo muro? Sembra che a spese di chi lo fa, qualora non fosse imposta la servitù di sostenere il di lui peso, perchè in tal caso si dovrebbe fabbricare a spese comuni. Avverti tuttavia, che questa servitù di sostenere il peso non può qui esser comune indivisamente, e perciò non può dirsi che debba farsi a spese comuni. Dunque il muro sotto il solaio sarà fatto a spese di quegli che fabbrica il cammino, non già del proprietario sottoposto, il quale è tenuto soltanto a soffrire.

V. Ma chi fa il cammino può forse fabbricare un muro nel solaio inferiore contro voglia del vicino? Stimo che sì, perchè, come dissi, egli è non solamente utile, ma necessario in causa del pericolo d'incendio.

VI. Circa il secondo oggetto, cioè intorno il fuoco che si fa nel cammino, di' così: O il muro da lato, ch'è comune, è sì grosso che non può ricevere nocumento dal fuoco, ed allora l'altro socio può far fuoco presso il muro comune, anche grandissimo, come si fa in tempo di nozze; così pensano Angelo e Paolo di Castro. Od il muro non è così grosso, ed allora, od il socio vuol fare un fuoco di famiglia e moderato, ed il può, anche se reca alcun danno, perchè usa della cosa secondo il fine destinato; nel che concordano i testi, ed Angelo e la glossa, ed i Dottori, principalmente Floriano. Così pure perchè fa uso della cosa preparata a tale uso. O vuol fare un fuoco non ordinario, nè moderato, e perciò reca danno al muro comune, ed allora nol può fare; lo che è tenuto da Bartolo, da Baldo, da Angelo, e comunemente da tutt' i Dottori (*b*).

VII. Circa il terzo oggetto, cioè la cappa del cammino, di' così. O la fabbrica si fa nel muro proprio di chi edifica, o nell'altrui, o nel comune. Nel primo caso, quando si fa

(1) L. fluminum, 9. [illegible]

(2) Arestum, l. Satulum, in principio, ad sit et l.

Digitized by Google

habet dubium: quia potest, nisi sit in contrarium servitus constituta (1). *Secundo casu quando sit in alieno: et breviter non potest* (2), *nisi esset servitus imposita* (3). *Tertio casu, quando sit aedificium in communi pariete: tunc subdistingue: Aut paries est communis ad unum usum tantum, puta ad hortum dividendum, et in eo non potest fieri caminus* (4). *Aut non est communis ad unum usum tantum, sed ad omnia vel simpliciter: et tunc si quaeratur an possit cavare murum, et tunc aut murus est pro diviso; et potest usque ad dimidiam, ad usque quo durat pars sua: quia tunc dicitur facere in suo* (5). *Aut est communis pro indiviso, et tunc etiam potest ultra: quia in omni parte muri dicitur laborare in re communi.*

VIII. *Habet enim quilibet portionem in qualibet particula pro indiviso* (6). *Fallit hoc in tribus casibus. Primo quando paries non potest cavaturam pati* (7). *Secundo fallit, quando alter socius velit ab altera parte sua facere caminum: quia unus plus juris non habet, quam alius* (8), *maxime per Angel. qui dicit circa princ. quod ita servat consuetudo: quoniam videmus in pariete communi quemlibet sociorum caminum habere in parte sua. Tertio fallit, quando murus esset ita debilis, quod etiam faciendo ignem ita temperatum pro usu suo torreretur et sibi damnum fieret* (9). *Et adde omnino quae dicam infra* (10). *Aut quaeritur de ipsa cuppa camini tantum: et tunc aut vult mittere tigna vel lapides sustinentes cuppam ultra dimidiam muri: et non potest, si est communis pro diviso: secus si pro indiviso: per ea quae proxime dixi de cavatura. Aut vult mittere tigna usque ad dimidiam vel citra, quando est communis pro diviso: et tunc aut per talem aedificationem non fit damnum muro: puta quia per eam murus communis debilitatur, neque mutatur ejus facies: et tunc potest* (11). *Aut fit dam-*

nel proprio, non è luogo a dubbio, imperocchè si può fare, se non vi è una servitù costituita in contrario. Nel secondo caso, quando si fabbrica la cappa nell' altrui, ed allora di' brevemente, che non si può, se non è una imposta servitù. Nel terzo caso, quando la si fabbrica nel muro comune, suddistingui. Od il muro è comune per un uso soltanto, verbigrazia, per dividere l' orto, ed in esso non si può fare il cammino. O non è comune per un solo uso, ma per tutti, o semplicemente comune, ed allora si dimanda se il socio possa incavare il muro; ed in tal caso, od il muro è comune divisamente, e può incavarlo sino alla metà, cioè sino al punto cui arriva la sua porzione, perchè allora si dice operare nel suo. Od è comune indiviso, ed allora può incavare anche più oltre, perchè in qualunque parte del muro ei lavori, si dice sempre operare nella cosa comune.

VIII. Ed invero ciascuno ha una porzione in qualunque particella indivisa, come nota la glossa. La qual regola trova eccezione in tre casi. Primo, quando il muro non possa soffrire incavamento. Secondo, quando l'altro socio voglia dalla sua parte fare un cammino, perchè l' uno non ha maggior diritto dell'altro, come recano i testi ed Angelo; il quale dice, che così si osserva per consuetudine, imperocchè vediamo, che nel muro comune ciascun socio ha il cammino dalla sua parte. Terzo, quando il muro fosse sì debile, che, anche facendo un fuoco moderato per proprio uso, si abbruciasse o restasse danneggiato. Ed aggiungi a ciò tutto quello che dirò fra poco. O si parla della cappa del cammino soltanto, ed allora, od il socio vuole immettere travi o pietre oltre la metà del muro per sostenere la cappa, e nol può, se è comune diviso; lo può, se comune indiviso, per ciò, che or ora ho detto circa l' incavamento. O vuole immettere travi sino alla metà o più in qua, quando il muro è comune diviso, ed allora, o per tal fabbrica non reca danno al muro, per esempio, perchè per essa il muro comune nè resta indebolito, nè cangia faccia, ed in questo caso il può. O

(1) *Per ea quae dixi supra de fenestra, in princ.*
(2) *L. sed si inter me, in princ. de serv. urb. praed. et l. quem admodum, § fin. ad l. Aquil. cum simil.*
(6) *Ut not. gloss. in l. qui Romae, § duo fratres, de verb. obl. et in l. si familiae, C. famil. erc. et in § quidam, Instit. de act.*
(7) *Per l. qui aedificium, de serv. urb. praed.*

Digitized by Google

num muro communi, et non potest (1), *si vellet apponere lapides magnos in muro communi pro sustinenda cuppa camini, qui destruerent murum communem propter ponderositatem, non possit* (2).

IX. *Sed hic posset dubitari, quando aliquis vult aedificare caminum in pariete communi, et murus est ita debilis, quod faciendo ignem temperatum, etiam pro usu suo torreretur* (3), *an hoc casu possit sibi providere, faciendo, scilic. unum murum parvum a parte sua puta unius pedis, et altitudinis, quantum potest communiter ascendere flamma ignis, sicut saepissime vidi. Et videtur quod non: quia prope murum communem non est licitum uni socio facere alium murum proprium* (4): *quae dicit, quod debet distare per duos pedes vel unum* (5), *et ita vult Angel. Et intellige de duobus pedibus, quando aedificatur murus cum domo: sed quando est murus simplex, sufficit dimissio unius pedis* (6), *et ita videtur in casu nostro, quod debeat ille murus distare per pedem a muro communi: et sic d. l. fin. locum habet non solum in aedificante juxta murum alienum, sed etiam juxta murum communem, quod est notandum. In contrarium tamen videtur text.* in l. fistulam, § juxta, de serv. urb. praed. *Ego puto in hoc esse distinguendum. Aut quis vult facere murum proprium juxta murum communem, ita quod incumbat, et non potest* (7). *Aut vult facere murum juxta communem, ita quod communi non inhaereat, et quod sublato pariete communi remanere possit, et si parietis communis refectionem non impediat, potest,* casus est in d. § juxta, *et licet ille text. loquatur de camera ex figulo opere facta juxta parietem communem, et gloss. ibi exponit ex figulo, id est, ex lateribus non coctis, et lutosa materia: et sic non videtur loqui de muro: tamen credo quod idem sit in dicto muro parvo: quia est eadem ratio in utroque casu. Nec obstat* l. fin. finium regund. gl. in d. l. quidam Iberus (8), *quia intelligitur quando quis*

fa danno al muro comune, e nol può; e se volesse porre grandi pietre in esso muro onde sostenere la cappa del cammino, le quali pietre lo facessero crollare col loro peso, non lo potrebbe egualmente.

IX. Ma qui si può dubitare, se, allorquando taluno vuol fabbricare un cammino nel muro comune, ed il muro è così debole che facendo anche fuoco moderato per proprio uso abbrucerebbe, possa provvedere al pericolo, fabbricando un piccolo muro dalla sua parte, per esempio, di un piede di altezza, cioè sino al punto cui può ascendere la fiamma del fuoco, come spessissimo io vidi. Sembra che no, perchè dappresso al muro comune non è permesso al socio innalzare un altro muro di sua proprietà; e ciò anche secondo una lezione della glossa, la quale dice, che deve lasciare uno o due piedi di distanza, nel che conviene ancor Angelo. Ed intendi doversi lasciar due piedi, quando si fabbrica un muro insieme colla casa, ma quando s' innalza un muro semplicemente, basta lasciare un sol piede; e così sembra doversi fare nel caso nostro, cioè doversi tenere quel muro distante un piede dal muro comune; e perciò la legge finale *ff. finium regund.* ha luogo non solo per chi fabbrica presso il muro altrui, ma eziandio per quegli che fabbrica presso il comune; lo che è da notarsi. In contrario però sembra stare il testo della legge *fistulam ff.* § *juxta ff. de serv. urb. praed.* Io penso che in questo riguardo sia d' uopo distinguere. Od alcuno vuole innalzare un muro proprio presso il muro comune, così che gli pesi addosso, e nol può. O vuole innalzare un muro presso il comune così che questo non tocchi, e possa sussistere anche levato che sia il muro comune, e non impedisca il restauramento di questo, ed allora il può, secondo il detto § *juxta.* E sebbene quel testo parli di una vôlta fatta di mattoni presso il muro comune, e la glossa ivi spieghi *ex figulo*, di quadrelli non cotti e composti di loto; nondimeno io credo che sia lo stesso rispetto al detto muricciuolo, perchè in ambi i casi vige la stessa ragione. Ned ostano a ciò la legge finale *ff. finium regund.* e la glossa sulla legge *quidam Iberus*, perchè si deve

Digitized by Google

vult aedificare murum fodiendo in terra, propter quod verisimiliter possit damnum inferri muro communi: tunc enim debet distare per pedem: quia ita taxatum est per d. l. fin. Sed quando est murus aedificatus super solario vel etiam in terra pro dicto camino ad defendendum murum communem: et sic pro ejus utilitate: quia ex eo non potest socius damnum pati ex illa modica fossione, imo utilitatem: tunc potest. Nec habet locum d. l. final. (1), *et quod dixi supra de pariete sive muro. Et quid si esset paries ligneus? et vide supra quae dixi* de scalis, *vers.* videamus de muro communi.

X. *Ex quo etiam infero ea ratione quod quis potest juxta murum alienum etiam non dimissio spacio unius pedis facere murum sine fundamento vel modico, puta pro sedendo vel causa ponendi supra horticellos, dummodo humorem non faciant muro communi* (2).

XI. *De quarto principali, scilicet de tubo camini: dic aut in totum ille tubus est extra murum communem a parte facientis caminum, et per eum solum fumus ascendit, et ignis non appropinquat, et potest* (3), *et ita tenet Bart., Bald.* (4), *et Angel.* (5). *Aut ille est cavatus in muro communi: et tunc aut per illam cavatum flamma ignis torreretur et deterior fieret murus, et non possit* (6). *Aut per illam torreretur murus communis, nec per hoc deterioraretur, et tunc distingue: aut illa cavatura est ultra medietatem muri vel citra: et tunc dic in omnibus, ut supra dictum est de cuppa.*

XII. *De quinto et ultimo principali, scilicet de fumo, qui exit de camino sive de ejus tubo: dic ut dixi supra de pariete*

intendere, ch'esse riguardino il caso, in cui taluno vuol fabbricare il muro cavando terreno, per cui verisimilmente possa recar danno al muro comune; dacchè allora deve tenerlo distante di un piede, com' è prescritto dalla detta legge finale *ff. finium regund.* Ma quando si tratta di un muro innalzato sopra il solaio, o pur anche da terra, a difesa del muro comune, e perciò a vantaggio suo, poichè in forza di quello non può il socio aver danno dal moderato incavamento dell' altro socio, in tal caso questi il può fare; ed ha luogo la detta legge finale. Giova in proposito ciò che dissi circa la parete od il muro. E che sarebbe, se il muro fosse di legno? Vedi ciò, che ho detto prima circa le scale, nel versetto: *parliamo del muro comune.*

X. Dal che eziandio inferisco per la stessa ragione, che ciascuno può, anche senza lasciare lo spazio di un piede, fabbricare un muro senza fondamenta o con fondamenta mediocri presso il muro altrui, per esempio per assidervisi o per collocarvi sopra i propri orticelli, purchè questi non rendano umido il muro comune.

XI. Intorno al quarto oggetto principale, cioè circa la canna del cammino, di' così: O la canna è totalmente fuori del muro comune dalla parte di chi fa il cammino, e per quella ascende il fumo soltanto, nè il fuoco si avvicina, e si può fare, come stimano Bartolo, Baldo ed Angelo. O la canna è cavata nel muro comune, ed allora, o per quel cavamento la fiamma del fuoco brucierebbe il muro, od altrimenti sarebbe deteriorato, e non si può fare. O per quel cavamento non si brucierebbe il muro comune, nè diverrebbe deteriore, ed allora distingui: O quel cavamento è fatto oltre la metà del muro o di qua di essa, ed allora di' in tutt' i casi come ho detto sopra circa la cappa (*c*).

XII. Rispetto al quinto ed ultimo oggetto principale, cioè al fumo, ch'esce dal cammino o dalla sua canna, di' come ho detto

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO LXIV.

(*a*) « La parola cammino « dice la Enciclopedia italiana del Tasso a quella voce » » suole avere nell' uso due significati.

» Talora s' indica con essa l' insieme di una capacità aperta nella quale si fa il fuoco » con tutti quegli accessorii che le appartengono.

» Talora dicesi cammino a quella parte soltanto che serve a condurre all' esterno » l' aria viziata dalla combustione ed i prodotti di essa . . . È il cammino ordinariamen- » te un lungo tubo che comincia al di sopra del luogo ove si fa la combustione, e che sale » fino ad una certa altezza. »

Nel primo significato il cammino abbraccia il focolare, la cappa o capanna, la gola o canna, e la torretta o rocca o fumaiuolo.

Nel secondo intendesi veramente per cammino la gola o canna di esso.

Parlo del cammino nel primo significato che abbraccia anche il secondo.

Ognuno sa che cosa sieno le parti integranti del cammino considerato nel primo significato, sicchè parmi inutile ricorrere ad autori per dare di ognuna di esse la spiegazione.

(*b*) Il cammino interessa prima di tutto i riguardi della pubblica sicurezza pel pericolo d' incendio che ne può derivare.

Interessa poi anche i riguardi del diritto privato.

Quindi ne parlo prima secondo i pubblici, poscia secondo i privati riguardi.

I. In quanto ai pubblici riguardi.

Come ho detto nell' annotazione *b* al Capo LIX, durante il Regno d' Italia pel decreto 9 gennaio 1807 le autorità comunali dovevano in materia di fabbriche vegliare sulla pubblica sicurezza e su tutto ciò che poteva minacciarla.

Per prevenire e togliere quella minaccia aveano diritto di prescrivere ai proprietarii delle fabbriche le necessarie cautele.

Questi doveano eseguirle e se nol facevano venivano eseguite d' uffizio a loro spese.

Tutto ciò allora quelle autorità far dovevano anche in riguardo ai cammini come fabbriche interessanti i riguardi della pubblica sicurezza pei pericoli d' incendio ad essi congiunti.

Succeduto al Regno d' Italia il Regno Lombardo veneto, ed attivato in esso il Regolamento generale del processo civile il § 68 di questo prescrisse a chi volesse costruire fabbriche di presentarne prima il disegno alla podestà politica ed a questa prescrisse di rivederlo, confermarlo o mutarlo, per le viste politiche.

Quel § parla in generale di fabbriche e di viste politiche.

Parla dunque anche dei cammini che sono fabbriche e che pel pericolo d' incendio che può derivarne interessano le viste politiche.

Ciò è confermato tanto dal Regolamento sugl' incendii per la città di Venezia del 16 decembre 1817 prescrivente al § 3.° che senza esame ed assenso dell'autorità municipale non possa erigersi veruna stufa, cammino od altra simile fabbrica, quanto dalla Circolare del Governo veneto a tutte le Delegazioni provinciali del 13 aprile 1820 n.° 12684, la quale ordinò le forme nelle quali essere deggiono costruiti i cammini.

Parmi dunque non dover soggiacere a dubbio per ciò che interessa i pubblici riguardi:

1.° che senza permesso della podestà politica non possa presso noi essere costruito nuovo cammino;

2.° che costruito senza quel permesso la suddetta autorità possa ordinarne e farne eseguire la distruzione, ovvero permettere che sussista, se formato in guisa da non compromettere la pubblica sicurezza, ordinandone poi la regolazione quando la comprometta;

3.° che sebbene costruito col prescritto permesso, quando quell' autorità o per denuncia dei vicini od in altro modo venga a scoprire, che la forma d' esso od il fuoco che vi si fa compromettano quella sicurezza facendo esistere pericolo d' incendio, debba intervenire prescrivendo gli opportuni lavori onde far cessare quel pericolo, e possa impedire di farvi fuoco ordinando perfino la distruzione dell'oggetto che comprometta i pubblici riguardi quando ciò sia necessario.

Digitized by Google

4.° che della esecuzione di qualunque lavoro di distruzione di riforma di aggiunta ad un cammino, che per pubblici riguardi la pubblica autorità trovato avesse di ordinare, risponde il proprietario di esso siccome quello cui incombe il dovere di non compromettere colla cosa sua quei riguardi.

5.° che se un vicino pretendesse che riguardo ad un cammino fossero eseguiti lavori non necessarii ma da lui creduti utili onde guarentire di più la propria sicurezza, quell' autorità non potrebbe proibire che venissero eseguiti, ma non potrebbe ordinarne la esecuzione al proprietario del cammino nè astringerlo ad essa, perchè quand' egli ha fatto i lavori necessarii alla pubblica sicurezza non può essere obbligato in via amministrativa a fare di più.

II. Per quel che concerne poi i riguardi del diritto privato trovo di osservare quanto segue:

1.° Quando nulla osti per le viste politiche che venga costruito un nuovo cammino, ma quando però taluno che credesse averne diritto od interesse si opponga alla costruzione di esso, parmi che debbano essere osservate le disposizioni dei §§ 68 e 69 del vigente regolamento del processo civile come ho detto anche nell' annotazione *e* al Capo XXXIX.

2.° Temendo qualcuno di essere colla costruzione di nuovo cammino pregiudicato atteso pericolo d' incendio in un suo diritto reale, egli secondo quello che ho detto nell' annotazione *d* al Capo LIX potrà a senso del § 340 dell' attuale Codice civile domandare in giudizio il divieto di quella innovazione.

3.° Temendo qualcuno che un già esistente cammino, atteso il suddetto pericolo d' incendio, esponga a pregiudizio un suo diritto reale, egli potrà come ho detto nelle annotazioni *a* ai Capi L e LIII a senso del § 343 del suddetto Codice fare giudiziale istanza per cauzione, quando la podestà politica non abbia sufficientemente provveduto alla pubblica sicurezza.

4.° Ordinata al proprietario di un cammino dall' autorità amministrativa pei pubblici riguardi la esecuzione dei lavori dei quali ho parlato al n.° 4, I, della presente annotazione, ove quel proprietario credesse che quella esecuzione per qualche fondamento di diritto anzichè a lui incumbesse ad un terzo, potrà farlo conoscere a quell' autorità. Questa potrà anche chiamare il terzo ad eseguirli ove fosse convinta che ne abbia il dovere. Ma sostenendo egli di non esservi obbligato, dovrà attenersi per la loro esecuzione al proprietario del cammino che dovrà prestarvisi, salvo poi ad esso di far valere nella ordinaria via giudiziale contro il terzo ogni suo diritto di rimborso delle spese incontrate e di risarcimento.

(*c*) Continuando a parlare del cammino nei riguardi del diritto privato, esamino se possa essere costruito focolare, cappa, gola di quell' apparecchio, contro ossia a ridosso, entro ossia nel corpo, presso ossia vicino a muro proprio, altrui, o comune.

1.° Quando non ne vengano compromessi i riguardi della pubblica che abbracciano anche quelli della privata sicurezza e quando altri per qualche fondamento di diritto privato non abbia facoltà d' impedirlo, parmi che ognuno pei Codici Napoleone ed austriaco possa costruire quelle parti integranti del cammino contro il proprio muro ossia appoggiandovele, entro esso ossia incavandone il corpo, ed eziandio presso ossia in vicinanza di esso.

Costruendole in vicinanza al proprio muro parmi che pel Cod. austriaco possa farlo senza osservare distanze tra esse e quel muro, non parlando di distanze la suddetta legge.

Ma che cosa dovrà dirsi secondo il Codice Napoleone?

L' art. 674 di esso prescrive che chi fa scavare pozzo o latrina presso un muro sia o non sia comune, e chi vuole costruirvi (presso) cammino o focolare ecc. è obbligato a lasciare la distanza prescritta dai regolamenti ed usi particolari intorno a tali oggetti . . . affine di non apportare danno al vicino.

Applicata al caso concreto, questa disposizione mi sembra suscettibile di due contrarie interpretazioni.

Può dirsi in primo luogo prescrivere essa distanze nel caso di costruzione di focola-

Digitized by Google

In secondo luogo può invece sostenersi che per l' art. 674, a chi vuol costruire cammino o focolare presso, cioè in vicinanza a muro comune o non comune, sono prescritte distanze ad oggetto di non recar danno al vicino.

Cioè trattandosi di focolare o cammino presso a muro sia o non sia comune, ad oggetto di non arrecar danno al vicino in quel muro.

Cioè in quel muro ch' è esclusivamente proprio del vicino, ovvero ch' è comune ad esso ed al costruttore del focolare o del cammino.

Cioè non in un muro esclusivamente proprio del costruttore del focolare o cammino.

Sicchè se le distanze sono prescritte ad oggetto di non apportar danno al muro comune al vicino od esclusivamente proprio di esso, può conchiudersi che non sieno comandate nel caso di costruzione di focolare o cammino presso al proprio muro, giacchè in tal caso, se quelle opere costrutte senza osservare distanze arrecassero danno, non lo arrecherebbero al vicino, vale a dire ad un muro o proprio o comune ad esso vicino.

Fra queste due interpretazioni io adotterei la seconda, siccome quella che restringendo meno la libertà naturale del padrone del focolare o del cammino, il quale però costruendoli non mi sembra disobbligato dal farvi le opere necessarie onde guarentire la pubblica sicurezza che abbraccia anche quella degli eventuali suoi vicini, corrisponde meglio al principio di diritto, che le servitù deggiono piuttosto restringersi che estendersi, e che deggiono essere esercitate in modo meno anzichè più oneroso al fondo serviente.

Questa seconda interpretazione troverebbe poi in qualche modo appoggio nell' articolo 597 del Codice civile sardo il quale per le opere ivi indicate che ponno recar danno alla proprietà del vicino, prescrive bensì distanze ma le prescrive quando quelle opere sieno costruite presso il muro altrui od anche comune, ma non quando lo sieno presso il proprio muro.

Nè a questa interpretazione osterebbe l' altro art. 598 di quel Codice, il quale parlando del cammino, del forno, della fucina ecc. prevede il caso in cui quelle opere vengano costruite *contro* un muro comune o divisorio *ancorchè proprio*, vale a dire appoggiandole ad esso, ma non parla del caso diverso in cui le vengano *presso*, vale a dire in vicinanza a quel muro *anche proprio*.

2.° Pei Codici Napoleone ed austriaco parmi che nessuno costruir possa quel complesso di opere che abbraccia il cammino contro il muro altrui, cioè appoggiandole ad esso, e nemmeno entro esso, cioè incavandone il corpo, senza averne acquistato diritto in confronto al proprietario di quel muro.

Il proprietario di questo muro può bensì tollerare quelle opere altrui come ho detto parlando sul Codice Napoleone al n.° 6 dell' annotazione *a* al Capo XX.

Ma quella semplice tolleranza non fonda nè diritto nè obbligo e può essere fatta ad ogni momento cessare dal proprietario del muro.

Credo poi che ognuno il quale non abbia obbligo di astenersi dal farlo possa costruire le suddette parti integranti del cammino presso ossia vicino al muro altrui.

Ma pel Codice austriaco senza toccarlo e lasciando la conveniente distanza della quale ho parlato nell' annotazione *f* al Capo XLVII, del pozzo.

E pel Codice Napoleone lasciando la distanza prescritta dai regolamenti ed usi che l' art. 674 di esso suppone esistenti, ovvero mancando quei regolamenti ed usi, la distanza determinabile da periti come ho detto nella suddetta annotazione *f* al Capo XLVII.

Sembrami poi che pel Codice Napoleone non sia permesso di non osservare quelle distanze, giacchè se è anche vero che sono prescritte per lo scopo di non arrecar danno al vicino, è egualmente vero che nel caso concreto trattasi di opere che colla privata interessano eziandio la pubblica sicurezza.

Sicchè se anche il proprietario del muro vicino convenisse col costruttore del cam-

Digitized by Google

pero che formano il cammino, contro, od entro, o presso il muro altrui, non sia disobbligato dal farvi i lavori necessarii onde guarentire la pubblica sicurezza che abbraccia eziandio quella del proprio vicino o vicini.

3.° Ma il comproprietario di un muro comune può di sua sola autorità costruirvi di contro, entro, presso focolare, cappa, gola di cammino?

a Se il muro comune non è divisorio, parmi che non possa nè appoggiarvi nè introdurvi quelle parti integranti del cammino se non alle condizioni dell' art. 1859 n.° 4 del Codice Napoleone e dei §§ 828, 833, 834, 835 del Codice austriaco.

Può però costruirvele presso ossia in vicinanza, alle condizioni da me accennate al n. 2 della presente annotazione ove ho parlato della loro costruzione presso il muro altrui.

b Se poi il muro comune è divisorio

aa Può costruirvi contro quelle opere cioè appoggiarvele alle condizioni dell'art. 657 del Codice Napoleone e del § 855 dell' austriaco.

bb Può costruirvele entro cioè introdurvele alle condizioni dell' art. 662 del primo e del suddetto § 855 del secondo di quei Codici.

cc Può costruirvele in vicinanza o presso alle condizioni da me accennate al n.° 2 della presente annotazione, e stando al Codice Napoleone specialmente per l' art. 674 di esso.

Veggasi poi quello che intorno agli art. 1859 n.° 4, 657, 662, 674 del Codice Napoleone, ed intorno ai §§ 828, 833, 834, 835, 855 del Codice austriaco da me di sopra citati ho osservato nell' annotazione *q* al Capo XL della parete ossia muro e nelle annotazioni *a b* al Capo LI della fornace.

4.° Quando poi taluno alle condizioni da me accennate ai precedenti n.i 1. 2. 3. abbia diritto di costruire focolare, cappa, gola di cammino contro, entro, presso il muro proprio, altrui, o comune, il focolare al quale sono soprapposte la cappa e la gola, è sempre piantato o sul terreno sul quale sta o non istà un fabbricato, ovvero sul pavimento dei piani di quel fabbricato.

Quel terreno e quel pavimento ponno poi essere o proprii di chi costruisce il focolare, od altrui, o a lui e ad altri comuni.

Sul terreno o sul pavimento proprio il focolare può essere piantato da ognuno che non abbia obbligo di tralasciare di piantarvelo.

Sul terreno o sul pavimento altrui, nessuno può piantarlo quando non ne abbia acquistato diritto.

In quanto al piantarlo sul terreno e sul pavimento al costruttore e ad altri comune, parmi applicabile quello che ho detto nell' annotazione *l* al Capo XXXIX circa al costruire un edifizio sull' area nuda egualmente ad altri comune.

5.° Negli antecedenti numeri della presente annotazione ho detto che per l' art. 674 del Codice Napoleone non può essere costruito cammino o focolare presso, vale a dire in vicinanza ad un muro sia o non sia comune se non alle distanze stabilite dai regolamenti ed usi a ciò relativi se esistono ovvero mancando questi alle distanze determinabili da periti come ho osservato nell'annotazione *b* al Capo LI.

Quelle distanze poi sono prescritte ad oggetto di non arrecar danno al vicino.

Se dunque per l'oggetto di non apportare danno al vicino, chi costruisce cammino o focolare presso ossia in vicinanza a muro altrui o comune dee tenersene a prescritta distanza, sembrerebbe che per lo stesso oggetto la legge, ond'essere coerente, avrebbe dovuto proibire di costruire quelle opere contro, od entro quel muro, casi questi nei quali naturalmente non essendovi distanza fra esse ed il muro, il danno del vicino è promosso anzichè essere evitato.

Ma così non è.

a È certo da un lato che non potendosi concepire distanza da quel muro se non quan-

Digitized by Google

abbia ordinato distanze nel caso di costruzione del cammino e del focolare contro od entro il suddetto muro, perchè in tal caso quelle distanze non sono assolutamente concepibili.

Coerentemente a ciò gli articoli 597 e 598 del Codice sardo nei quali fu rifuso l'articolo 674 del Codice Napoleone prescrissero distanze, il primo a chi costruir voglia pozzo d'acqua viva, cisterna, pozzo nero, fossa di latrina ecc. *presso* un muro altrui od anche comune, ed il secondo a chi stabilir voglia *in vicinanza* alla proprietà altrui opificii messi in moto dal vapore ecc. Ma quando il secondo di quegli articoli parlò della costruzione di cammini, forni, fucine ecc., non contemplò minimamente il caso in cui venissero costruiti *presso* quel muro nè per questo caso prescrisse quindi distanze. Contemplò invece il caso diverso in cui venissero costruiti *contro*, cioè appoggiandoli a muro comune o divisorio ancorchè proprio, nè per questo diverso caso prescrivere potea nè prescrisse distanze impossibili.

b dall'altro lato poi:

aa Non troverei in generale disposizione nel Codice Napoleone che proibisse di costruire cammini o focolari contro, oppure entro il muro altrui o comune.

Ciò troverei invece permesso dall'art. 686 di quel Codice.

Esso in generale permette ai proprietarii di stabilire sopra i loro fondi o a benefizio di essi quelle servitù che sembrassero loro opportune, purchè non sieno imposte nè alla persona, nè a benefizio della persona, ma solo ad un fondo e ad uso di un fondo, e purchè non sieno per nulla contrarie all'ordine pubblico.

Ora fra quelle servitù che alle suddette condizioni i proprietarii per l'art. 686 sono in libertà di stabilire tra i loro fondi, perchè non dee ritenersi compresa anche la servitù di costruire il proprio focolare o cammino contro, oppure entro il muro altrui o comune?

A me sembra poi che come non lo è adesso, non debba essere stato nemmeno ai tempi del Codice Napoleone infrequente il caso che taluno ottenuto abbia diritto di addossare il proprio focolare o cammino al muro altrui o comune ovvero d'introdurlo in esso.

Quando a ciò sia, e mediante opere apposite possa venir reso atto quel muro; quando vengano osservate tutte le cautele perchè la pubblica sicurezza e quella del proprietario o dei comproprietarii del muro non abbiano a soffrirne pregiudizio, non vedrei perchè la legge civile dovesse o potesse proibire l'acquisto e l'esercizio di quel diritto.

bb In particolare poi troverei nel Codice Napoleone disposizioni che permettono al comproprietario di un muro comune divisorio di costruirvi contro ed entro, ossia di appoggiarvi, e d'incavarvi cammino o focolare.

L'art. 657 infatti permette ad ogni compadrone di far fabbricare appoggiando ad un muro divisorio comune.

Ora nel permesso di appoggiarvi una fabbrica, non è forse compreso anche quello di appoggiarvi focolare o cammino?

E quell'articolo non contempla poi specialmente il caso in cui l'altro compadrone appoggi dalla propria parte a quel muro il proprio cammino? E con ciò non gliene accorda forse il diritto?

L'altro articolo 662 stabilisce a quali condizioni uno dei comproprietarii possa incavare il corpo del muro divisorio comune, e possa applicarvi ed appoggiarvi, cioè applicare ed appoggiare all'incavo nuove opere.

A quelle condizioni non gli accorda dunque il diritto d'incavare il corpo del suddetto muro per applicare ed appoggiare al fatto incavo la nuova opera di un focolare e di un cammino?

6.° Finalmente:

a Se come dice il nostro autore al § IV del presente Capo esiste in un piano supe-

Digitized by Google

a costruirlo ed a sopportarne la spesa a meno che non gliene incumbesse l'obbligo per qualche altro speciale fondamento di diritto.

Parmi invece che quell'obbligo incumberà in generale al proprietario del piano inferiore quando per qualche altro fondamento speciale di diritto l'obbligo stesso non a lui ma ad altri incumbesse.

b Volendo poi come dice il nostro autore al § IX del presente Capo un comproprietario di muro comune divisorio costruirvi dalla propria parte cammino e per la sua debolezza non essendo il muro atto a sostenerlo, ovvero essendovi pericolo d'incendio, il padrone del cammino se questi inconvenienti ponno essere tolti coll'addossare al muro divisorio della sua parte altro muro a data altezza, potrà secondo l'art. 657 del Codice Napoleone e secondo il § 855 del Codice austriaco addossarvelo, anzi dovrà farlo.

Che se quegl'inconvenienti non ponno in quello od altro modo essere tolti, parmi che non gli sarà permesso di costruire il cammino.

(*d*) Il fumaiuolo è la parte più alta della gola del cammino o meglio quella specie di cappello che sta in cima alla gola, che s'innalza al di sopra del tetto, e dal quale per uno o più fori esce il fumo che si spande nell'aria.

In quanto al fumo veggansi le mie annotazioni al Capo LIII.

Non essendovi poi cammino senza fumaiuolo, ognuno che abbia quello può costruir questo al di sopra del proprio tetto, come ho osservato pegli abbaini, per le vedette, altane ed altre costruzioni nelle annotazioni *c*, *d* al Capo XLI.

E chiunque ha diritto di costruire cammino contro, entro, presso a muro altrui o comune, ha pur diritto di soprapporre alla gola di esso, fumaiuolo, quand'anche questo dovesse essere collocato sul tetto altrui o comune che copre quel muro.

Sciogliendo poi la riserva fatta nell'annotazione *f* al Capo LII del bagno, mi permetto alcune osservazioni sulla stufa.

Non parlo qui della stufa in quanto significhi una stanza riscaldata col fuoco onde preservarsi dal freddo abitandola.

E nemmeno delle stufe per la conservazione e vegetazione delle piante esotiche proprie dei paesi caldi intertropicali, le quali comunemente dicensi serre e serre calde.

Parlo invece e soltanto della stufa come apparato onde riscaldare col fuoco le stanze.

Non pretendo poi di parlare di tutte le possibili, ma solo delle principali specie di stufe che io conosco.

Secondo il vocabolario domestico del Carena Capo II § 8 alla voce *Stufa*, questa è « una specie di cassa per lo più di terra cotta invetriata, talora anche di lamierone, e tutta di un pezzo, od anche costruita sul luogo stesso con pianelle, quadroni o tambelloni. » Ha sempre strettissimo focolare che chiudesi con sportellino di lamiera a saliscendo. Nella stufa si accendono legne corte, e fassene uscire il fumo da un tubo di ferro che mette » nella gola di vicino cammino, od anche fuori della finestra.

« In quel tubo suole esservi la piastra ch'è un disco di lamina di ferro entro esso, » che si fa girare mediante manico esterno detto chiave, onde dare o togliere la comunicazione della parte inferiore di quel tubo colla superiore e coll'aria esterna. »

Questa è la stufa comunemente usata nei nostri paesi.

Essa d'ordinario ha la bocca o porta che introduce nel focolare nell'interno della stanza che si vuole riscaldare.

Collocasi nella stanza nel sito più comodo ed acconcio ed in modo che il tubo ne conduca al di fuori più facilmente e più acconciamente il fumo.

Si colloca più comodamente ed acconciamente non a ridosso ma a piccola distanza da un muro, in sito dirimpetto al quale vi abbia in quel muro canna di cammino.

Allora il tubo che nelle stufe di pietre può essere anche della stessa materia, partendo dalla parte posteriore in prossimità della stufa, ne attraversa il muro, lo fora, ed immette

Digitized by Google

tezza o meglio fino al di sopra del tetto. Suole coprirsi con una specie di cappello variamente forato onde ne possa uscire il fumo.

Nello stesso modo può essere costruito e condotto a ridosso della linea esteriore di quel muro il tubo, quando sia formato con pietre.

Sia poi esso di ferro o di pietre, può, invece di terminare nello gola di già esistente cammino o di essere guidato a ridosso dell' esterno del muro, finire entro lo stesso muro in gola o condotto appositamente in esso incavato, giungente fino al tetto e coperto al di sopra del tetto da fumaiuolo.

Ma oltre alla stufa della quale fin qui ho parlato, havvene altra specie usata specialmente in paesi della monarchia più freddi dei nostri ed anche vicino a noi, a Trieste.

Questa stufa consiste in una specie di cassa o forno formato o di pietre e cemento come ho detto di quella della prima specie, od anche di ferro fuso, avente varia grandezza, forma, e più o meno eleganza, che si colloca vicino ad un muro maestro interno della stanza che si vuole riscaldare.

Il piano ossia la parte interiore ed inferiore di essa, tenuto a qualche altezza dal suolo o pavimento della stanza, ne forma il focolare.

Un condotto largo e piuttosto alto, della stessa materia della cassa o forno, e che sorge allo stesso livello del focolare, parte da quella cassa o forno, dal lato del suddetto muro maestro, e fissandosi in esso ed oltrepassandolo, termina col formare all' esterno del muro stesso, per lo più in un attiguo corridoio oppure in altro locale, la bocca o porta della stufa munita di sportello per la quale vi si accende il fuoco.

Il fumo del focolare esce per apposita gola o canna incavata al di sopra di quel condotto nel massiccio del muro maestro e che giunge fino al tetto ov' è coperta da pur apposito fumaiuolo.

Ora che come meglio seppi ho dato una idea della stufa, osservo intorno ad essa quanto appresso.

1.° Circa al collocarla sul terreno o sul pavimento proprio, od altrui, o comune, vale quanto ho detto nell' annotazione *c* n.° 4 al presente Capo, intorno al piantarvi focolare di cammino.

2.° Circa al forare il muro proprio, altrui, o comune per introdurvi tubo di stufa, e circa al continuare quel tubo facendolo oltrepassare la larghezza del muro, ed ascendere a ridosso della linea esteriore di esso, nonchè circa al formare nel muro stesso gola e condotto apposito pel fumo della stufa, parmi che valer debba quanto ho osservato ai n. 1, 2, 3 dell' annotazione *c* al presente Capo intorno al costruire gola di cammino contro ossia a ridosso, ed entro ossia nel corpo di muro proprio, altrui, ovvero non divisorio o divisorio comune.

3.° Circa all'immettere tubo di stufa nella gola di già esistente cammino, ovvero al condurlo fuori di una finestra, l' una e l' altra propria, altrui, o comune, credo che valer debba quanto ho detto ai suddetti n. 1, 2, 3 dell' annotazione *c* intorno al formare gola di cammino contro od entro muro proprio, od altrui, o non divisorio comune.

Dico qui, muro non divisorio comune, perchè gola di cammino o finestra comuni, se anco esistenti in muro comune divisorio, non mi sembrano oggetti divisorii, e quindi non possono esservi applicate le regole che valgono per quel muro comune divisorio.

4.° Circa al fumaiuolo che sovrasta alla gola o condotto del fumo della stufa, mi riferisco a quanto ho detto in principio della presente annotazione sul fumaiuolo del cammino.

5.° Tutto quello che ho detto fin qui per le stufe, lo ho detto nei riguardi del diritto privato, riferendomi del resto ed in ispecie per quello che concerne i pubblici riguardi a [illegible] nell' annotazione *b* al presente Capo.

Digitized by Google

Senza permesso dell' Autorità amministrativa non può essere costruito cammino o stufa.

Ad eguale ed a maggior ragione per esservi maggior pericolo d' incendio o pericolo di esplosione, senza quel permesso non può essere costruito calorifero.

Quella Autorità dee stabilire le condizioni alle quali può essere costruito e tenuto attivo il calorifero, perchè non offenda i pubblici riguardi.

In quanto ai riguardi privati, sembrami che pel forno e pel focolare di esso, valer debba quanto ho osservato pel forno nelle annotazioni *a*, *b* al Capo LI della fornace, e pel focolare di cammino nelle altre annotazioni *b*, II e *c* del presente Capo.

E pei tubi del calorifero da condursi contro, ossia a ridosso, entro ossia nel corpo, e presso ossia vicino, vale a dire senza toccare un muro proprio, altrui, o comune, parmi che valer debba quanto ho osservato per la gola del cammino ai numeri 1, 2, 3 dell'annotazione *c* pure al presente Capo.

Digitized by Google

CAPUT LXV.

DE NECESSARIO.

I. *Necessarium quot partes habeat.* — II. *Fenestra sive locus necessarii ad sedendum, an et quando in muro proprio vel communi fieri possit.* — III. *Necessarii cava, an et quomodo in proprio vel communi muro fieri possit.* — IV. *Necessarii cava an in muro proprio supra solum publicum vel vicini fieri possit.* — V. *Necessarii foved an et qualiter in muro communi vel proprio fieri possit.* — VI. *Necessarii fovea an pro voluntate domini fieri possit.* — VII. *Necessarii fovea murata, vel non murata, si humor vel putredo exeat, et in puteum vicini vel cisternam descendat, vel in ejus venas, aut etiam in penu, an cogi poterit ad reficiendum dictam foveam, ita et taliter, quod puteo vel cisternae, aut alii vicini loco nocere non habeat.* — VIII. *Necessarium plenum habens, si ipsum purgare velit, an possit.*

I. *Necessarium tres habet partes, prima est fenestra, in qua locus fit ad sedendum: alia est cava ejus quae solet ex vasis fictilibus fieri: tertia est fovea, ad quam omnes immunditiae descendunt.*

II. *De fenestra sive loco necessarii ad sedendum, an et quando posset fieri in muro proprio, vel alieno, aut communi, distingue ut dixi supra,* de cuppa camini (1).

CAPO LXV.

DEL CESSO.

I. Quante parti abbia il cesso. — II. Se e quando la finestra od il luogo del cesso destinato a sedervisi, si possa fare nel muro proprio o comune. — III. Se ed in qual modo la cava del cesso si possa fare nel muro proprio e comune. — IV. Se la cava del cesso si possa fare nel proprio muro sopra il suolo pubblico o del vicino. — V. Se e qualmente la fossa del cesso si possa fare nel muro comune o proprio. — VI. Se la fossa del cesso si possa fare a piacimento del padrone. — VII. Se la fossa del cesso murato o no, tramanda umidità o putredine, la quale discenda nel pozzo o nella cisterna del vicino o nelle sue vene, oppur anche nella di lui cantina, si potrà costringere il suo padrone a restaurare la detta fossa in guisa tale che non abbia a nuocere al pozzo, alla cisterna o a checchessia altro del vicino? — VIII. Se chi ha il cesso pieno di materia possa purgarlo qualora lo voglia.

I. Tre parti ha il cesso. La prima è il buco o la finestra nella quale si fa il luogo da sedere; la seconda è il suo tubo o condotto, che si vuol fare di doccioni di terra; la terza è la fossa, nella quale colano tutte le immondezze (*a*).

II. Circa la finestra o luogo del cesso in cui ci poniamo a sedere, distingui, come sopra ho fatto intorno alla cappa del cammino, per vedere se e quando si possa fare nel muro proprio, o in quello d'altri, o nel comune (*b*).

Digitized by Google

non potest (1), *et idem dicas, si noceret puteo vel cisternae vicini* (2).

IV. *Tamen vidi dubitari an illa possit fieri in muro proprio supra solum publicum vel vicini. Dic de puteo, quod non potest, nisi aliter fit de consuetudine* (*). *Supra solum autem privatum vicini etiam non potest, nisi habeat supra stillicidium domus* (3). *Sed si habet stillicidium, potest sub eo, quatenus durat, dictam cavam protendere* (4).

V. *De tertia vero parte necessarii, videlicet ipsius fovea, an illa possit fieri, distingue: aut quis vult facere eam in suo proprio, aut in communi, aut in alieno. Si vult facere in suo proprio, regulariter licet, nisi fiat juxta parietem vicini, qui ex hoc laedatur* (5), *et idem si noceret puteo vel cisternae vicini* (6): *vel nisi esset servitus imposita, quod in suo facere non possit* (7). *Si vero vult facere in communi muro dictam cavam necessarii, videtur quod non possit: quia in re communi melior est conditio prohibentis* (8). *In contrarium: quod possit* (9). *Ego autem in hoc sic distinguo. Aut est aliquid conventum inter socios: et illud est servandum* (10). *Aut nihil est conventum: et tunc aut est consuetudo in loco super hoc, et illa est servanda* (11). *Aut nulla est conventio vel consuetudo: et tunc aut murus est communis ad omnia simpliciter: et tunc aut ex dicta cava necessarii non sit aliquod damnum muro communi, et potest* (12) *et hoc tenet Joan. Pet. de Papia* (13). *Aut infertur damnum muro communi: puta quia murus est subtilis, et nimium debilitaretur: et non potest* (14), *vel quia propter humorem cavae necessarii murus communis debilitatur* (15), *hoc tenet etiam dictus Joan. Pet.* (16): *qui dicit idem, si ex dicta cava exit putredo vel malus odor: et ad hoc ni-*

può fare; e di lo stesso qualora nuocesse al pozzo od alla cisterna del vicino.

IV. Nondimeno io vidi dubitare se quel tubo si possa fare nel proprio muro sopra il suolo pubblico o del vicino. Rispondi circa il pubblico, che non si può fare, se altrimenti non si costumi per consuetudine (*). E neppure si può sopra il suolo privato del vicino, se non si abbia sopra quello lo stillicidio della propria casa. Che se si ha sopra di quello lo stillicidio, si può sotto di esso sportare il tubo sino al punto cui arriva (c).

V. Circa poi alla terza parte del necessario, cioè la fossa, se si possa fare, distingui: Od alcuno vuol fare la fossa nel suo proprio, o nel comune, o nell'altrui. Se vuol farla nel proprio, di regola il può, purchè non la faccia presso il muro del vicino, che per ciò resti leso; così pure se nuocesse al pozzo od alla cisterna del vicino, oppure se gli fosse imposta la servitù di non poterla fare. Se poi vuol fare nel muro comune il sopradetto tubo del cesso, sembra che non lo possa, perchè nella cosa comune è migliore la condizione di chi proibisce. Pare all'opposto che lo possa fabbricare per altri testi. Io poi in ciò così distinguo. O fu convenuto qualche cosa fra'socii, e quello si deve osservare; o nulla fu convenuto, ed allora, o vige consuetudine sopra di ciò nel paese, e quella si deve osservare; o non v' ha alcuna convenzione o consuetudine, ed allora, od il muro è comune per tutti gli usi semplicemente, ed in tal caso, o per il detto condotto non si fa alcun danno al muro comune e lo può fare, come ritiene Giampietro da Pavia; o si reca danno al muro comune, per esempio, perchè il muro è sottile e troppo si indebolirebbe, ed allora nol può; oppure perchè il muro deteriorerebbe in causa dell' umore filtrato dal tubo del cesso; e ciò pur ritiene il detto Giampietro, il quale dice esser lo stesso, se dall' indicato tubo

(1) *L. fin. si serv. vend.*
(2) *Ut dicetur infra, de fovea necessarii.*
(3) *Per l. si vitem, § fin. quod vi aut clam, et l. fin. de servit.*
(4) *L. fin. § fin. de servit. urb. praed. circa*

(10) *L. semper in stipulationibus de reg. jur.*
(11) *Per dictam l. semper, et per l. an totum, C. de aedific. priv.*
(12) *Arg. d. l. fistulam, et d. l. quidam Iberus, § fin. eod. titul. et per not. in dict. l. si quando,*

Digitized by Google

hil allegat (1). *Idem etiam dicas, si ex dicta cava exit humor vel putredo in damno vicini: quia quis non potest etiam laborando in suo immittere aliquid in alieno* (2).

VI. *De quarta parte et ultima, scilicet fovea necessarii, posset quaeri, an possit illa fieri pro voluntate domini. Dic, aut vult facere foveam subterraneam etiam ultra suum solum sub solo vicini, et non potest* (3). *Aut vult facere quatenus durat solum suum, et potest, nec tenetur dimittere spatium aliquod* (4): *nec etiam haec servantur de consuetudine, ut dimittatur aliquod spatium, et praesertim quando fiunt hujusmodi foveae quae undique re murantur, quae vulgo* le volte *dicuntur.*

VII. *Secundo quaeri potest, quid si ex fovea murata, vel non murata, exit humor vel putredo, et descendit in puteum vel cisternam vicini, vel ejus venas, aut in penu, an poterit cogi ad reficiendum dictam foveam ita et taliter, quod non noceat puteo vel cisternae aut alii loco vicini? Dicas quod sic: quia non est licitum quicquam facere in suo per quod aliud immittatur in alienum* (5), *et ita tenet Joan. Pet. de Papia* (6), *et ita not. Flor.* in d. l. si quando § fin. serv. vend., *qui dicit per illum text. ubi aliquis construit loca communia juxta domum vicini, ex quibus causetur ad illam humiditas, cogi poterit ad talia loca purganda et purgata retinenda. Adverte tamen quia gloss.* (7) *videtur tenere secundum Azo. quod sit licitum sterquilinium in suo ponere: licet alius sentiat inde humorem* (8), *quam gloss. intelligo, quando raro humorem faceret: secus si assidue* (9).

VIII. *Sed pone, quod habens necessarium plenum, vult ipsum purgare, an pos-*

scisse materia putrefatta o fetore. La stessa cosa dirai pure se dal tubo filtrasse umidità o putredine nella casa del vicino, perchè nessuno può, anche operando nel proprio, immettere alcunchè nell'altrui.

VI. Circa la quarta ed ultima parte del cesso, cioè la sua fossa, si può dimandare se essa si possa fare a piacimento del proprietario. Rispondi: O vuol fare una fossa sotterranea, oltrechè nel suo suolo, anche in quello del vicino, e non lo può. O vuol farla dentro i limiti del proprio terreno, ed il può, ned è obbligato a lasciare alcuno spazio, come neppure per consuetudine si costuma di lasciare alcuno spazio, specialmente allorquando si fabbricano fosse così fatte, da tutte parti coperte di muro, le quali dal volgo sono denominate *le volte* (*d*).

VII. In secondo luogo si può chiedere che sia di diritto, se dalla fossa murata o no, esce umore o putredine, e cola nel pozzo o nella cisterna del vicino, o nelle vene di quella, oppure nella cantina. Si può forse costringere il padrone della fossa a restaurarla in guisa tale, che non nuoccia più al pozzo, alla cisterna o a checchessia altro del vicino? Rispondi che sì; perchè non è lecito fare alcunchè nel proprio, pel quale s'immetta qualche cosa nell'altrui. Così ritiene Giampietro da Pavia, e così nota Floriano, il quale dice in forza della legge *si quando § fin. si serv. vend.*, che qualora taluno costruisce il necessario presso la casa del vicino, in guisa da cagionare umidità a questa, si può costringere a spurgare quel cesso, e spurgato a conservarlo sempre tale. Avverti nondimeno che la glossa sembra opinare secondo Azzone, che sia lecito fare l'agiamento nel proprio, quantunque ad altri ne provenga umidità; la qual glossa io intendo procedere, quando il cesso raramente producesse umore, e non procedere quando ne cagionasse continuamente.

VIII. Ma poni l'esempio, che uno che ha pieno di materia il suo cesso, lo volesse pur-

(1) *Sed tu allega text. cum gloss. in l. 2. §*

(5) *L. sicuti, § Aristo, si serv. vend. et d. l. si*

Digitized by Google

sit? Credo quod non propter foetorem: et ideo de nocte tantum fieri debet (1).

gare; lo potrà forse? Credo di no, in causa del fetore, e perciò il purgamento si deve fare soltanto di notte (*e*).

(1) *Per ea quae dixi supra de fornace versicul. et praedicta teneo, ubi vide, et adde quae dicam in tit. sequent.*

(*) *De consuet.* Utrum consuetudo prava excuset? Resp. secundum gloss. (1) quod sic, quod verum intelligo, quod non excusat quoad Deum, quando ignorantia pravae consuetudinis esset crassa, ut puta contra jus naturale (2), secus ubi esset probabile dubium super consuetudinis validitate: nam tunc ignorantia legis non est peccatum (3). Et utrum consuetudo interpretetur privilegia, sicut et legem? Resp. quod sic (4) et quod ibi not. Joan. And. (5), et vide Alexand. (6), ubi ponit quae requirantur adesse consuetudinis.

(*) *Per consuetudine.* La consuetudine cattiva serve forse di scusa? Rispondi che sì, secondo la glossa; il che intendo esser vero nel senso che non iscusi fin verso Dio, allorquando l'ignoranza della cattiva consuetudine fosse crassa, per esempio, contro il gius di natura; ed altrimenti qualora ci fosse un dubbio probabile sulla validità della consuetudine. È la consuetudine vale forse d'interpretazione ai privilegi, nello stesso modo che per la legge? Rispondi che sì, e vedi ciò che notano Giovannandrea ed Alessandro, il quale ultimo spiega quali cose si richieggono per formare la consuetudine.

(1) *4. distinct. 1. c. denique.*
(2) *27. quaest. 2. flagitia.*
(3) *Ut in l. regula, ff. de jur. et fac ignor. et in c. cum dilectus, de consuet. et quando not. Innoc. in c. per tuas de sime. et gloss. in c. uno, de postul. prael. lib. 6. in vers. de caetero.*

(4) *C. cum dilect. de consuet. l. si de interpretatione, ff. de leg.*
(5) *In c. quod dilectio, de consang. et affin.*
(6) *2. volum. consil. 107. in ult. column. vers. confirmantur, et consil. 68. in 6. consil. in fin. et in 1. vol. consil. 832. in 2. column. in princ. et in 4. vol. consil. 134. in princ.*

ANNOTAZIONI AL CAPO LXV.

(*a*) Ho detto nell'annotazione *a* al Capo XLVIII, che cosa credo essere la latrina (cesso, necessario ecc.) e formarne il tutto tre parti, cioè l'orifizio o sedile, il tubo, e la fossa.

L'orifizio o sedile mette nel tubo il quale dee essere posto più verticalmente che si possa perchè le materie discendano facilmente da esso nella fossa che le raccoglie.

(*b*) L'orificio o sedile:

1.° Può venir costruito sul suolo, ovvero sul pavimento proprio, altrui, o comune. Vale in questo caso quanto ho detto pel focolare al n.° 4 dell'annotazione *c* al precedente Capo.

2.° Si forma d'ordinario contro ossia a ridosso di muro proprio altrui o comune, e può anche formarsi entro quel muro, cioè collocandolo in una specie di nicchia in esso incavata.

In questi casi vale per esso, quanto ai numeri 1, 2, 3 della suddetta annotazione *c* ho detto valere pel focolare e per la cappa del cammino che si costruissero nelle medesime condizioni.

3.° Può collocarsi anche presso, cioè vicino a muro proprio, altrui o comune, nel qual caso naturalmente e necessariamente nol tocca.

Ove si voglia così collocarlo:

a) in quanto al diritto di costruirvelo, vale ciò che ai numeri 1, 2, 3 della suaccennata annotazione *c* ho detto valere pel focolare e per la cappa del cammino che si costruissero nelle medesime condizioni:

b) in quanto alla distanza dal muro proprio, altrui, o comune, vicino al quale, cioè senza toccarlo, si voglia costruirlo, nè il Codice Napoleone nè l'austriaco ne precisano

Digitized by Google

1.° Può venir costruito anch'esso, contro, entro, presso a muro proprio, altrui, o comune.

a) Volendosi costruirlo contro, od entro quel muro, vale quanto ho detto nelle annotazioni n.° 1, 2, 3 lettera *c* del precedente Capo intorno al costruirvi gola di cammino nelle medesime condizioni.

b) Volendosi costruirlo presso al muro proprio, altrui o comune, naturalmente e necessariamente senza toccarlo, vale in quanto al diritto di costruirvelo, ciò che nelle suddette annotazioni n.° 1, 2, 3 ho detto circa al costruirvi nelle medesime condizioni quella gola di cammino.

In quanto alla distanza i Codici Napoleone ed austriaco non ne precisano veruna.

Ma parmi che senza toccare quel muro, debba però necessariamente essere tenuto a tale distanza da esso, che per la facile discesa delle materie nella fossa, corrisponda alla distanza in cui questa si trova o dee trovarsi dal suddetto muro, giusta quanto dirò nell'annotazione *d* al presente Capo.

2.° Non è impossibile che il tubo della latrina si voglia far isporgere da un muro, in ispazio o raggio d'aria proprio, altrui, ovvero comune che sovrasti a sito di ragione privata, ovvero in ispazio o raggio d'aria che sovrasti a sito ove passa, si ferma, radunasi il pubblico e quindi in questo senso di ragione pubblica.

a) Se si vuole farlo isporgere in raggio o spazio d'aria proprio, parmi applicabile quello che ho detto circa l'abbaino sul proprio tetto nell'annotazione *c* al Capo XLI.

b) Se su raggio o spazio d'aria di ragione privata altrui, vale quanto ho detto sul fare isporgere qualche cosa nello spazio o raggio d'aria altrui nell'annotazione *a* al Capo XXXII.

c) Se su raggio o spazio d'aria comune, quanto ho detto nell'annotazione *b* al suddetto Capo.

d) Se su raggio o spazio d'aria ad uso pubblico, quanto ho detto nell'annotazione *d* al Capo medesimo.

Quanto fin qui ho osservato pel tubo della latrina parmi applicabile nelle medesime condizioni anche alla gola del cammino, ed ai tubi delle stufe.

Chiudo quest' annotazione coll'osservare che l'articolo 597 del Codice sardo prescrive distanze per chi vuole costruire tubi di latrina, di acquajo ecc. presso un muro altrui od anche comune.

(*d*) La fossa della latrina:

1.° Può venire scavata nel suolo privato, proprio, altrui, o comune, ed anche nel suolo pubblico ad uso del pubblico.

a) Il proprietario di quel suolo privato può scavarla in esso, come può scavarvi pozzo per quanto ho detto nell'annotazione *d* al Capo XLVII.

b) Nessuno, quando non ne abbia acquistato diritto, può scavarla nel suolo privato altrui, come ho osservato nell'annotazione *b* al Capo XLV per la cantina sotterranea.

c) Quello che vale pel di sopra, vale anché pel di sotto del suolo.

Quindi circa allo scavare fossa di latrina in quel suolo che sia comune, vale quanto ho detto intorno al costruire un edifizio su area nuda ad altri comune nell'annotazione *l* al Capo XXXIX.

d) Volendo scavarla nel suolo pubblico ad uso del pubblico è necessario il permesso dell'autorità politico-amministrativa, come ho detto per la sotterranea cantina nell'annotazione *b* al Capo XLV.

2.° Scavandola poi presso, cioè vicino a muro proprio, altrui o comune, cioè senza

Digitized by Google

Ivi veramente ho parlato della distanza del pozzo dal muro altrui.

Ma quel che vale pel muro altrui, dee valere per la stessa ragione pel muro comune.

In quanto al Codice Napoleone, per l'articolo 674 di esso, chi fa scavare latrina, cioè fossa di latrina presso muro sia o non sia comune, cioè a mio modo di vedere, come ho osservato al n.° 1 dell'annotazione *c* al Capo LXIV, presso muro altrui o comune, dee lasciare la distanza prescritta dai regolamenti ed usi che sussistono intorno a tale oggetto, ed in mancanza di essi la distanza, come ho detto altrove, determinabile d'accordo dalle parti o da periti.

Veggasi a questo proposito ciò che dispone anche per la fossa della latrina l'art. 597 del Codice pegli Stati del Re di Sardegna.

(*e*) Finora ho parlato delle latrine secondo le norme contenute nel diritto civile.

Ora ne parlo alquanto secondo le regole del diritto amministrativo.

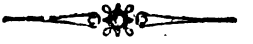
La loro costruzione, riparazione e purgazione, sono al pari di quelle delle cloache, oggetto che interessa la salute pubblica, e quindi un eminente pubblico riguardo.

Vale dunque anche per le latrine quello che ho detto per le cloache specialmente nelle annotazioni *c* ed *h* al Capo XLVIII.

Se quindi dalla mia latrina uscisse umore o putredine che colasse nel pozzo, nella cisterna, o nelle vene di quello, ovvero nella cantina del vicino, o se tramandasse odore incomodo al vicinato, potrei essere astretto dall'autorità amministrativa a purgarla o ripararla sotto minaccia della esecuzione d'uffizio a mie spese se non lo facessi.

Quando ciò sia necessario, non solo ho il diritto, ma ho anche l'obbligo di ripararla e purgarla.

Intorno al vuotare la fossa della latrina veggasi anche quanto ho detto nell'annotazione *b* al suddetto Capo XLVIII della cloaca.



Digitized by Google

CAPUT LYVI.

DE SECLARIO.

I. *Seclarium quid sit, et quot partes habeat.* — *Seclarium si quis juxta parietem communem aedificare velit, an possit.* — III. *Seclario si aqua spargatur, et descendat per solarium ad partem vicini inferiorem, vel solarium commune madefaciat, an prohiberi possit ne amplius spargat.* — IV. *Seclarii murus si communi esset, et propter pondus suppellectilis appensae debilitaretur, an prohiberi possit.* — V. *Seclarii foramen, et foveae, ac ejus camera qualiter se habere debeant.*

I. *Seclarium quinque habet partes. Prima est lapis, sive lignum, super quo lavatur suppellex. Altera est similiter alius lapis vel lignum desuper in quo pendent fistulae, et his similia, ac etiam suppellectilia coquinae ponuntur. Tertia pars est foramen, per quod aqua descendit. Quarta est fovea, ad quam aquae et caeterae immunditiae discurrunt. Quinta est quandoque camera, in qua statur ad lavandum. Supra prima parte de lapide seu ligno seclarii quo lavari solent suppellectilia, si quaeritur an imponi possint in muro proprio, aut in communi, aut in alieno, dicendum est breviter, sicut dixi de cuppa camini.*

II. *Sed quid si vult aedificare juxta pariete communem, ipsum non tangendo? distingue. Aut per talem aedificationem seclarii non fit damnum vicino seu socio, nec impeditur refectio communis vel alieni parietis, et potest* (1). *Aut impedit refectionem, et non potest* (2). *Aut non impedit*

(1) *Argum. l. quidam Iberus, in princ. et l. fistulam, § juxta, de servit. urban. praed.*

CAPO LXVI.

DELL' ACQUAJO.

I. Che sia l'acquajo e quante parti abbia. — II. Se qualora taluno voglia fabbricare l'acquajo presso il muro comune, lo possa. — III. Se qualora si spanda acqua dell'acquajo, e questa discenda pel solaio al piano inferiore del vicino, o rechi danno al comune solaio, si possa proibire a chi la sparge di far più ciò? — IV. Se il muro dell'acquajo fosse comune, e per il peso delle suppellettili appese s'indebolisse, si può proibire di tenerle ivi attaccate? — V. Come debbano tenersi il buco, la volta e la fossa.

I. L'acquajo ha cinque parti. La prima è la pietra od il legno sul quale si lavano gli arredi. La seconda è similmente un' altra pietra o legno posto di sopra, dal quale pendono le secchie e simili cose, e dove eziandio si tengono gli arredi di cucina. La terza è il bueo pel quale scorre l'acqua. La quarta è la fossa nella quale calano le lavature ed altre immondezze. La quinta è talora la stanza ove si sta a lavare (*a*). Circa la prima parte della pietra o legno dell'acquajo sul quale si sogliono lavare gli arredi, si dimanda se si possa porre nel proprio muro, o nel muro comune, o nell'altrui. Brevemente dee dirsi come si disse rispetto alla cappa del cammino.

II. Ma che sarà di diritto, se alcuno vuol fabbricare l'acquajo presso il muro comune senza toccarlo? Rispondi distinguendo: O da tale costruzione dell'acquajo non deriva danno al vicino od al socio, nè per essa s' impedisce la restaurazione del muro comune od altrui, ed allora il può costruire; od impedisce il restauramento, ed allora nol può. O

(2) *Per d. § juxta.*

Digitized by Google

refectionem, sed nocet vicino: et tunc aut nocet assidue, quia assiduum humorem emittit, et non potest (1), *et ita tenet Angel.* (2).

III. *Item quid si ex seclario spargitur aqua, quae descendit per solarium ad partem inferiorem vicini, vel madefacit solarium commune: an potest prohiberi ne amplius spargat? Dic, aut spargit pro usu quotidiano suae familiae, et potest* (3). *Aut ultra usum quotidianum, et non potest, ut dictis juribus* (4).

IV. *De secunda parte seclarii dicendum est in omnibus, sicut de prima: sed in hac secunda in primis considerandum est, si murus esset communis, et propter pondus suppellectilis appensae debilitaretur: prohiberi posset* (5).

V. *De tertia, quarta et quinta parte seclarii, scilicet de foramine, et fovea, et ejus camera, dic in omnibus et per omnia ut conclusum fuit supra tit. praeced. de necessario, et adde quae dixi supra de servitute projiciendi, et quod dicam in sequenti tit.*

(1) *Per d. l. fistulam, in princ.*
(2) *In d. l. in quos, in ultim. column. versic. si autem quis non velit aedificare, de damn. infect. et adde quae dixi supra de camino, versic. sed hic posset dubitari, et in tit. praeced.*

non impedisce la restaurazione, ma nuoce al vicino, ed allora o nuoce continuamente, perchè tramanda un continuo umore, ed allora nol può fabbricare, secondo l'opinione di Angelo (*b*).

III. Del pari, che si dirà se dall'acquajo si spande acqua, la quale pel pavimento discende al piano inferiore del vicino, oppure bagna il solajo comune; si può forse proibire che più se ne sparga? Rispondi: O chi la sparge, lo fa per uso quotidiano della famiglia, e la può spargere; o lo fa oltre l'uso quotidiano, e non lo può, in forza dei testi (*c*).

IV. Circa la seconda parte dell'acquajo dee dirsi all' intutto come della prima; ma in questa seconda si deve primamente considerare, se il muro sia comune e s' indebolisca per il peso degli arredi appesi, perchè in tal caso si potrebbe proibire al proprietario di questi di tenerli ivi attaccati.

V. Circa la terza, quarta e quinta parte dell'acquajo, cioè intorno il buco, la fossa e la stanza sua, di' in tutto e per tutto come conchiudemmo nel capo precedente del cesso, aggiungendovi ciò che dicemmo circa la servitù di gettare, e ciò che diremo nel seguente capo (*d*).

(3) *Argum. l. sicut, § fin. si serv. vend. et l. fistulam, in princ. de servit. urb. praed.*
(4) *Circa quod vide quae plene dixi supra de servit. projic. in 2. quaest.*
(5) *Per l. cujus aedificium, de serv. urb. praed.*

ANNOTAZIONI AL CAPO LXVI.

(*a*) Acquajo è lo stanzino dove in sulla pila si rigovernano i piatti e le pentole.

Dicesi anche acquajo la pila sulla quale si lavano.

Non parlo qui dello stanzino, sibbene della pila.

Essa, secondo il Vocabolario domestico del Carena cap. II, § 9, è una pietra piana, larghetta, con quattro basse sponde, fermata su un muricciuolo.

Ha un buco pel quale l' acqua adoperata nella lavatura passa nello smaltitoio.

Questo è un condotto, canale, tubo che dà esito alla suddetta acqua e la mena via dalla pila.

A Venezia lo smaltitoio d'ordinario mette nel tubo della latrina attigua alla pila il quale poi conduce l' acqua nella fossa della suddetta latrina.

Ma a Venezia ed altrove smaltitoio può essere apposito canale, condotto, tubo che diriga l'acqua dalla pila o nella fossa della latrina o in apposita fossa.

Inclinata alquanto verso la pila e conducente ad essa, si colloca la rastrelliera la quale è un arnese di legno su cui si mettono gli oggetti lavati per farli sgocciolare ed asciugare.

Nella stanza ove sta la pila possono anche addossarsi al muro palchetti di assi per collocarvi sopra piatti e pentole e per appendervi queste ultime.

Non parlo di questi due arnesi di legno.

Rimetto ove il vogliano i miei lettori alla descrizione di essi portata pel primo dal

Digitized by Google

suddetto Capo e paragrafo del suindicato Vocabolario alla voce *Rastrelliera* e pei secondi nel Vocabolario metodico di arti e mestieri del sullodato Carena all' art. XXIII alla voce *Palchetto*.

Parlo invece e soltanto della pila, dello smaltitoio ossia tubo e della fossa della pila od acquaio.

(*b*) La pila può collocarsi su suolo o su pavimento proprio, altrui, comune.

Si colloca quasi sempre contro ossia a ridosso di muro proprio, altrui o comune.

Ma non è impossibile che si voglia in parte collocarla entro quel muro, cioè incavandone alquanto il corpo per addentrarvela.

E si può anche collocare presso, cioè vicino a quel muro, vale a dire senza toccarlo.

In tutti questi casi parmi che valer debba per essa quello che ho detto nell' annotazione *b* all' antecedente Capo intorno all' orifizio o sedile della latrina collocato nelle medesime condizioni.

(*c*) Nel caso in cui dalla pila si spandesse acqua sul pavimento del piano superiore nel quale trovasi ed in cui quell' acqua penetrasse nel piano inferiore altrui o comune, parmi che dovrebbe dirsi quanto nell' annotazione *b* al Capo XXXI ho detto circa al versare acqua su un pavimento del piano di sopra la quale penetri nel piano di sotto di ragione altrui.

(*d*) Allo smaltitoio tanto se metta nel tubo della latrina, quanto se consista in apposito canale, condotto, tubo, il quale conduca l'acqua della pila in apposita fossa, ovvero in quella della suddetta latrina, parmi applicabile quanto ho detto nell' annotazione *c* al Capo LXV intorno al tubo della suindicata latrina.

All'apposita fossa la quale mediante lo smaltitoio riceva e raccolga l'acqua della pila, se scavata nel suolo privato, proprio, altrui o comune ed anche nel suolo pubblico ad uso del pubblico, parmi applicabile quanto al n.° 1 dell' annotazione *d* al suddetto Capo ho osservato circa la fossa della latrina.

Se scavata poi presso, cioè vicino a muro proprio, cioè senza toccarlo, parmi applicabile quanto al n.° 2, lettera *a* della suddetta annotazione ho detto per la fossa della latrina scavata nelle medesime condizioni.

Se scavata in fine presso a muro altrui o comune, mi sembrerebbe applicabile quanto nell' annotazione *f* al Capo XLVII ho osservato intorno alla distanza che pei Codici Napoleone ed austriaco a parer mio, sebbene essi non ne parlino, dovrebb' essere osservata scavando cisterna, lavatoio od altro simile recipiente d' acqua presso muro o terreno altrui o comune.

A tutto ciò aggiungo poi, che per l' art. 13 dell' avviso della Delegazione provinciale di Padova, 22 settembre 1840, n.° 29355 del quale ho parlato nell' annotazione *f* al Capo XLVIII della cloaca, i secchiai o scolatoi delle case ove altro campo non resti di conveniente diversione deggiono essere condotti sotto i marciapiedi delle strade con suggello o di pietra o di opportuna tavola, per cui rimanga costantemente comodo e libero il transito.

Come la latrina anche l' acquaio può interessare i riguardi della pubblica salute specialmente per l'acqua immonda ch' è destinata a raccogliere la fossa apposita di esso.

In tal caso esser potrebbe una di quelle fabbriche le quali pel § 68 del vigente Regolamento del processo civile non deggiono essere costruite senza il permesso della politica podestà.

Ciò troverebbe per avventura appoggio anche nel § 3.° della Sezione I del Regolamento delle fabbriche per la città di Vienna, del quale ho parlato in fine del n.° 5 della annotazione *d* al Capo LIX.

Per quel § senza permesso della Superiorità locale non può essere fatto scavamento di terra in vicinanza o nell' interno di un edifizio; dunque nemmeno scavamento di fossa di acquajo.

Per lo stesso § è necessario quel permesso anche per mutare la direzione, le dimensioni e il declivio dei canali inservienti alle case.

Digitized by Google

Dunque a maggiore ragione eziandio per costruire di nuovo uno di quei canali fra i quali dovrebbe annoverarsi anche il canale dell' acquajo.

Se poi pei suddetti pubblici riguardi fosse necessario ristaurare pila, tubi, fossa di acquaio, e vi avesse specialmente necessità di purgare quest' ultima, il relativo proprietario avrebbe, non solo diritto, ma eziandio obbligo di farlo.

Non facendolo spontaneamente potrebbe esservene astretto dall' Autorità politico-amministrativa sotto minaccia della esecuzione d' uffizio a di lui spese come ho detto per la cloaca nell' annotazione *c* al Capo XLVIII.

Digitized by Google

CAPUT LXVII.

DE AQUAROLO SIVE CANALI.

I. *Aquarolus quid proprie sit.* — II. *Aquarolum si quis in suo habeat, et aquam per unam tegulam ducat, quae cadat in suum, puta in curiam vel hortum: deinde illa aqua paulatim in fundum vel penum vicini vel communi descendat, an cogi possit, ut dictam aquam in suo retineat, ne in alienum veniat.* — III. *Aquarolo vicini mei si aquam descendentem videam, et ex suo ad curiam meam cadentem: an aliquid in meo facere possim propter quod aquae fluxus impediatur: ita quod in vicini solo remaneat.* — IV. *Aquarolo vicini si aqua in fundum meum descendat, quid juris.* — V. *Aquarolo tuo si aqua in via publica descendat, nunquid ego vicinus contra te agere possim.* — VI. *Pariete communi an sit licitum mittere canale recipiens aquam de coelo cadentem, vel aquam de cisterna discurrentem, aut de aliquo aquae receptaculo, quod castellum appellatur.*

Diximus de ista materia supra, in tit. de fistula: verum quia multum convenit seclario, ideo eam hic commemorare constitui.

I. *Et appello aquarolum parvum seclarium, vel vas lapideum in muro immissum, habens fistulas ferreas ad similitudinem capitis serpentis, vel leonis, aut hominis, de quo exit aqua pro manibus lavandis. Si quis autem aquarolum sive canale in suo aut alieno fabricare voluerit ea, quae de seclario dicta sunt, observare tenetur, per jura in duobus titulis praecedentibus allegata.*

CAPO LXVII.

DELL' ACQUAJETTO, OSSIA CANALE.

I. Che cosa sia propriamente l'acquajetto? — II. Se taluno ha l'acquajetto nel suo fondo e conduca l'acqua mediante una tegola a cadere nel suo, per esempio, nel cortile e nell'orto, e possa quell'acqua a poco a poco discenda nel fondo o cantina del vicino, oppure nel fondo comune, potrà essere costretto a far sì che l'acqua si smaltisca nel suo e non vada nel fondo altrui? — III. Se io veggo che l'acqua proveniente dall'acquajetto del vicino viene a cadere dal suo fondo nel mio cortile, potrò io fare qualche opera, per la quale sia impedito lo scorrimento di detta acqua, in modo che essa resti nel suolo vicino? — IV. Che sarà di diritto, se l'acqua discende dall'acquajetto del vicino nel mio fondo? — V. Se l'acqua del tuo acquajetto scende nella pubblica strada, posso io tuo vicino agire contro te? — VI. Se sia lecito porre nel muro comune un canale, che riceva l'acqua piovana, o l'acqua che scorre dalla cisterna, o che proviene da qualche serbatojo, che si chiama castello?

Abbiamo prima parlato di questa materia nel capo del *condotto*; ma poichè molto conviene all'acquajo, deliberammo di qui tenerne parola.

I. Io chiamo acquajetto un piccolo acquajo od un vaso di pietra infisso nel muro, che ha tubi di ferro, l' estremità de' quali è fatta a simiglianza di una testa di serpente o di leone, da cui esce l'acqua per lavarsi le mani. Pertanto, se alcuno volesse fabbricare un acquajetto o canale nel suo o nell'altrui, è obbligato ad osservare tutto ciò che fu detto circa l'acquajo, in virtù di que' testi che furono allegati ne' due capi precedenti (*a*).

Digitized by Google

vel penum vicini vel communem, an cogi possit ut dictam aquam in suo retineat, ut in alienum non veniat? Et videtur quod non (1). *In contrarium videtur* (2). *Puto quod sit dicendum, aut illa aqua assidue descendit in fundum vicini, vel communem, et prohiberi potest* (3). *Aut non discurrit assidue, et tunc secus* (4).

poco a poco scola nel fondo o cantina del vicino, o nel fondo comune, possa esser costretto a ritenere la detta acqua nel suo così che non vada nell'altrui. Sembra che no per la glossa ordinaria, e sembra che sì per altri testi. Io penso che sia da dirsi così. O quell'acqua discende continuamente nel fondo del vicino o nel comune, e gli può esser proibito di lasciarla andare; o non discende continuamente, ed allora altrimenti (*b*).

III. *Quid autem si ego videns aquam vicini mei descendere et cadere ex suo ad curiam meam facio aliquid in meo propter quod impeditur fluxus aquae, ita quod remaneat in solo vicini, an possim? Dicas quod sic* (5).

III. Che poi si dirà, se io, veggendo l'acqua del mio vicino scendere e cadere dal suo nel mio cortile, faccio qualche cosa nel mio, per la quale impedisco lo scorrimento di quella, in modo ch'abbia a restare nel di lui suolo? lo potrò io? Rispondi che sì (*c*).

IV. *Item quid si aqua descendit ex canali vicini in fundum meum? Dic quod eum prohibere possim* (6).

IV. Così pure, che sarà se l'acqua discende dal canale del vicino nel mio fondo? Rispondi che posso proibirglielo (*d*).

V. *Item quid si ex equarolo tuo descendit aqua in via publica* (*): *an ego vicinus possim agere contra te? Dic quod sic, si nocet vel nocere potest mihi transeunti* (7).

V. Del pari che sarà, se dal tuo acquajetto l'acqua scenda nella pubblica strada (*)? io, che ti sono vicino, potrò agire contro di te? Rispondi che sì, se essa nuoce o può nuocere a me che passo (*e*).

VI. *Item nunquid in pariete communi sit licitum mittere canale recipiens aquam de coelo cadentem, vel aquam de cisterna discurrentem aut de aliquo receptaculo aquae quod castellum appellatur? Dicas quod non* (8). *Et est ratio: quia per talem discursum aquarum parietem corrumpi verisimile est, secundum Angel.* (9) *Reliqua circa istam materiam vide supra de fistula.*

VI. Del pari è forse lecito porre nel muro comune un canale, che riceva l'acqua piovana, o l'acqua scorrente dalla cisterna o da qualche serbatojo che si chiama castello? Rispondi che no, e la ragione si è questa, che per tale corso di acque è verosimile che il muro infracidisca, secondo Angelo. Ciò che resta a dirsi su tale materia il troverai nel capo del *condotto* (*f*).

(1) *Per gloss. ord. l. si quando si serv. vend.*
(2) *L. fluminum, § fin. in gloss. pen. in fin. de damn. infect.*
(3) *Per l. fistulam, in princ. de serv. urban. praedior.*
(4) *Per d. l. fistulam, et pro hoc vide quae dixi in titul. praeced. circa primam partem.*
(5) *Argum. l. 2. § sunt qui putant, ff. ne quid in loco publico, et vide quae dixi supra in 4. divisione servitutum, versic. et primo videamus, et supra de curia, in fin.*

(6) *Per l. sicuti, § Arist. si serv. vend. et per ea quae dixi supra de servit. projies. in 1. et 2. quaestion.*
(7) *Argum. l. 2. in princip. ne quid in loco publico, circa quod vide quae dicam infra tit. seq. et quae dixi supra in tit. praeced.*
(8) *Per l. fistulam, de serv. urb. praed.*
(9) *In l. inter quos in princ. in 4. col. de damn. infect.*

(*) *Via pub.* Ad Alex. 8. *volum. consil.* 78. *in 1. colum. § fin. et quasi per totum,* et Corn. 2. *volum. consil.* 154. *et in 3. volum. consil.* 282. et quid significet via, *dicto volum. consil.* 295. *et in 4. cons.* 212. *incip.* praemittendum.

(*) *Strada pubblica.* Aggiungi Alessandro, *vol.* 3. *cons.* 78, *col.* 1, § *fin. quasi tutto,* e Corneo, *vol.* 2. *cons.* 154, *e nel vol.* 3, *consil.* 282, e che significhi strada, *detto vol. cons.* 295, *vol.* 4, *cons.* 212, *che comincia* praemittendum.

ANNOTAZIONI AL CAPO LXVII.

(*a*) Anche l'acqualolo qui descritto dal Cipolla mi sembra adesso ben di raro uso.

In ogni caso, come osserva quell' autore, esso è un vaso nel quale si ripone acqua e dal quale questa si fa sortire mediante tubo o cannella naturalmente a chiave onde lavarsi le mani.

Essendo un vaso io non lo chiamerei canale, perchè questo mi rappresenta la idea di

Digitized by Google

un conduttore delle cose fluide e principalmente dell' acqua, mentre quello la tiene raccolta e non la conduce.

Anche lo stesso tubo o cannella di cui è munito, volgendone la chiave veramente la fa cadere e non è mezzo onde condurla.

Ed essendo così un vaso si potrebbe anche dargli il nome di piletta a cannella per la affinità sua con quell'arnese ad uso di lavarsi le mani che il Carena descrive ed al quale dà questo nome nel Capo II al n.° 5 del suo Vocabolario domestico da me sovente citato.

L'aquaiolo ossia piletta a cannella è infisso, immesso nel muro a tale altezza da poter lavarsi le mani al zampillo d'acqua che da esso discende.

Può essere costruito contro ossia a ridosso di muro proprio, altrui o comune od anche entro quel muro col collocarlo in una specie di nicchia in esso incavata.

In ambi i casi parmi che debba valere per esso quanto al n.° 2 dell'annotazione *b* al capo LXV ho detto per l' orifizio o sedile della latrina costruito nelle medesime condizioni.

Se si volesse poi costruirlo presso, cioè vicino a muro proprio, altrui o comune naturalmente senza toccarlo, allora:

In quanto al diritto di costruirlo, parmi che valer debba ciò che al n.° 3 lettera *a* della suddetta annotazione ho osservato circa il suddetto orifizio o sedile costruito nelle condizioni medesime;

In quanto alla distanza, anche per esso nè il Codice Napoleone nè l' austriaco ne precisano veruna.

Ma mi sembra che quel che vale per le opere scavate entro il suolo presso a quel muro, valer debba anche per le opere costruite in vicinanza al muro stesso al di sopra del suolo, quando per le une e per le altre la legge non prescriva determinate distanze.

Quindi:

Ho detto al n.° 2 lettera *a* dell' annotazione *d* al Capo LXV, che chi vuole scavare presso, cioè senza toccare il proprio muro, fossa di latrina, debba osservare a quale distanza voglia scavarla, per non esporre a pericolo il muro stesso.

Per la stessa ragione parmi che chi vuole costruire acquaiolo presso e senza toccare il proprio muro, giudicherà da sè a quale distanza debba costruirlo da questo onde non danneggiarlo.

Ho detto nell' annotazione *f* al Capo XLVII, che chi vuole scavare presso, cioè non toccando il muro altrui o comune le opere di una cisterna, di un lavatoio o di altro recipiente d'acqua per le quali oltre al non toccare il muro stesso i Codici Napoleone ed austriaco non prescrivono determinate distanze, dee osservare però quelle delle quali nella suddetta annotazione *f* ho parlato.

Per la stessa ragione, le distanze medesime, non prescrivendone quei Codici anche di determinate, dovranno essere osservate anche da chi costruir voglia acquaiolo al di sopra del suolo, presso, cioè senza toccare un muro altrui o comune.

Finalmente l'acquaiolo si fa quasi sempre sporgere da muro in raggio o spazio d' aria proprio.

In tal caso vale quello che ho detto pel tubo della latrina alla lettera *a* n.° 2 dell' annotazione *c* al Capo LXV.

Ma non è impossibile che si voglia farlo sporgere in raggio o spazio privato d' aria, altrui, o comune, ovvero in raggio o spazio d' aria sovrastante a sito ove passa, si ferma, radunasi il pubblico e quindi in questo senso di ragione pubblica.

In questi casi vale quello che ho detto pel suindicato tubo di latrina alle lettere *b*, *c*, *d* al n.° 2 della suddetta annotazione.

(*b*) Il mio vicino facendo uso dell' acqua del proprio acquaiolo ne lascia cadere e ne raccoglie i zampilli in apposito tubo o canale pel quale la fa sboccare e la versa immediatamente:

1.° su fondo mio o comune, ovvero . . . . . .

No, se ha acquistato diritto di farvela sboccare o scolare.

Sì, se non ha acquistato quel diritto.

Egli può acquistare in mio confronto quel diritto come scorgesi tanto dai §§ 475 n.° 7 e 480 del Codice austriaco, quanto dall' art. 686 del Codice Napoleone, e quando lo abbia acquistato, io deggio tollerarne l' esercizio.

Ma se non lo ha acquistato, io posso volere ch' egli non invada arbitrariamente la mia proprietà col versarvi, col farvi scolare la sua acqua.

Per sostenere di aver diritto di farlo ei non può richiamarsi all' art. 640 del Codice Napoleone.

Quell' articolo infatti prescrive bensì che i fondi inferiori debbano ricevere le acque dei fondi superiori, ma solo quando scolino da questi a quelli naturalmente e senza che vi concorra l' opera dell' uomo.

Ora, nel caso concreto, se il mio vicino fa sboccare e versa per apposito tubo o canale l' acqua del suo acquaiolo immediatamente sul mio o comune fondo, essa non vi scola naturalmente, e senza concorso della di lui opera, ma vi è condotta artificialmente e per diretta di lui opera.

Se poi la fa sboccare e la versa per quel tubo o canale immediatamente sul proprio fondo, e se in conseguenza di ciò su esso spandendosi, scola poscia a poco a poco sul fondo mio o comune, allora essa vi scola per opera, se non diretta, certo indiretta di lui, perchè se per quel tubo o canale non l' avesse condotta sul proprio fondo, essa non si sarebbe sparsa su esso e non avrebbe a poco a poco scolato sul mio o comune terreno.

Vedesi dunque come l'art. 640 del Codice Napoleone non sarebbe, nel caso che ho supposto, applicabile.

Il mio vicino per sostenere il suddetto diritto non potrebbe nemmeno richiamarsi all' art. 54 dell' ancor vigente legge italiana sulle acque del 20 aprile 1804.

Quell' art. prescrive che i terreni inferiori non ponno ricusare di dar esito alle acque superiori.

Vuolsi ch' esso, combinato coi precedenti articoli 52 e 53, parli soltanto dell' esito dai terreni superiori sugl' inferiori di acque pubbliche o private derivate, cioè di acque correnti estratte da fiume, canale, fonte, fontanile ecc.? Allora non è applicabile al caso concreto nel quale si tratta dell' acqua contenuta in un acquaiolo, che non è, come osserva anche il Romagnosi nel tomo I. del Trattato sulla condotta delle acque, pagine 27 e 28 della edizione da me altrove citata, acqua corrente e che se fosse poi tale, non è acqua derivata.

Vuolsi invece, come ho detto nell' annotazione *b* al Capo XXXI, che quell' articolo, non combinato coi due che lo precedono, colle assolute parole « che i terreni inferiori ri» cusar non ponno di dar esito alle acque inferiori » parli anche di acque scolanti naturalmente e senza concorso della opera dell' uomo?

Nemmeno allora è applicabile al caso concreto nel quale, come ho osservato di sopra, il mio vicino, o conduce l' acqua del suo acquaiolo artificialmente e per diretta sua opera sul mio o comune fondo, ovvero ve la fa scolare per sua opera, se non diretta, certo indiretta dal proprio.

(*c*) Pel § 354 del Codice austriaco il mio vicino ed io abbiamo diritto di disporre a piacimento ed esclusivamente ognuno del proprio fondo.

E per l' art. 544 del Codice Napoleone abbiamo diritto di goderne e disporne nella maniera la più assoluta, cioè anche qui esclusivamente.

Libero dunque al mio vicino, quando non avessi acquistato diritto d'impedirglielo, di usar solo ed a piacimento del proprio fondo, col condurvi, versarvi, spandervi l'acqua del suo acquaiolo.

Per la stessa ragione, libero anche a me, quando il vicino non avesse acquistato dirit-

Digitized by Google

(*e*) Per l' art. 34 dell' ancora vigente legge italiana del 27 marzo 1804 la conservazione e la polizia di tutte le strade sono poste sotto la immediata vigilanza e tutela del Governo.

In conseguenza di ciò l' autorità politica, pel decreto del Governo di Venezia 5 luglio 1824 n.° 20721 da me citato nell' annotazione *b* al Capo XXVIII, dee togliere e regolare quanto pregiudica la sicurezza, il comodo, la libertà, la decenza del pubblico transito, ed ha facoltà di stabilire all' uopo regolamenti e comminatorie.

Partendo da questi principii la Delegazione provinciale di Padova, all' art. 8 del suo avviso 22 settembre 1840 n.° 29355 da me citato nell' annotazione *f* al Capo XLVIII, proibì gli scoli o cunette attraverso le strade comunali com'erano proibite per le regie strade, ed ordinò di farvi passare l' acqua non al di sopra ma al di sotto mediante tombino.

E all' art. 13 ordinò che i secchiaj (acquaj), e gli scolatoj delle case non essendovi altro campo di conveniente diversione vengano condotti sotto i marciapiedi di quelle strade in modo che ne rimanga sempre libero e comodo il transito.

Parmi dunque che volendo taluno costruirsi un acquaiolo, l' acqua del quale venisse a discendere e scolare sulla pubblica strada, non potrebbe farlo senza il permesso dell'Autorità politica.

Questa poi ogni qual volta la discesa e lo scolo dell' acqua su quella strada pregiudicasse in qualunque modo il pubblico transito, non potrebbe accordarglielo se non a condizione che l'acqua dell'acquaiolo mediante apposite opere venisse a di lui spese fatta discendere e scolare non al di sopra ma al di sotto della via pubblica.

Fuori di questo caso l' acquaiolo non mi sembra ordinariamente tale manufatto da compromettere, come la cloaca, la latrina e talora l'acquaio, i pubblici riguardi.

E siccome onde tutelar quei riguardi, mi sembra che il § 68 del vigente Regolamento del processo civile abbia, per le fabbriche da costruirsi, richiesto il permesso politico, parmi che d'ordinario non vi dovesse essere bisogno di quel permesso per costruire un acquaiolo, l'acqua del quale non discendesse nè scolasse sulla via o su altro sito ad uso del pubblico.

(*f*) La quistione se un comproprietario costruir possa nel muro comune un canale pel quale si scarichi l' acqua della pioggia, la ho trattata nell' annotazione *c* al Capo XLIX.

Quello che ivi ho detto mi sembrerebbe applicabile anche al caso in cui il suddetto canale scaricasse l' acqua di una cisterna o di altro serbatoio.

Se poi quel canale dovesse servire a raccogliere quell' acqua senza scaricarla in nessun sito, allora :

Se per avventura l' opera compromettesse i pubblici riguardi, parmi che il comproprietario nè solo nè d' accordo coi proprii consorti potrebb' eseguirla ;

Non compromettendo poi quei pubblici riguardi, o tutt' i comproprietarii sono d' accordo, o no di eseguirla ;

Se sì, uno di essi potrà costruire quel canale che raccogliendo e non iscaricando l' acqua, danneggierà il muro ad essi comune, perchè potendo essi pel loro diritto di proprietà perfino distruggerlo, se acconsentono di formare in esso un' opera che lo danneggi, nessuno ha nulla ha ridire.

Se poi non sono d'accordo, ripeto che a parer mio un canale che introduca e raccolga l' acqua della pioggia, di una cisterna o di altro serbatoio in muro comune senza darle sfogo, deve danneggiarlo :

1.° Ora se ciò è vero e se quel muro comune è divisorio parmi che un comproprietario, opponendosi gli altri, non possa costruirvi quel canale nè pel Codice austriaco nè pel Codice Napoleone.

Non pel primo, perchè pel § 855 di esso non può costruirvi opera che lo esponga a pericolo, e qui, a mio modo di vedere, ve lo esporrebbe.

Non pel secondo, perchè per l' art. 662 di esso non può farvi incavi nel corpo, nè applicarvi, nè appoggiarvi nuova opera senza l'assenso degli altri comproprietarii ed in caso di rifiuto senza che periti determinino i mezzi onde quel lavoro non riesca di danno alle loro ragioni.

Ora in questo caso mi sembra che i periti determinar non possano mezzi atti a far sì che l' acqua di un canale che non ha sfogo, costruito in quel muro, non danneggi le ragioni su esso muro di quei comproprietarii.

2.° Se poi quel muro comune non è divisorio, parmi che un comproprietario, opponen-

Digitized by Google

dosi gli altri, non possa costruirvi quel canale, in forza a
Napoleone.

Pel n.° 3 di quell' art. un socio può obbligare i conso
sarie alla conservazione, ma non a quelle che danneggin
to canale senza sfogo danneggerebbe il muro non diviso
sere costruito.

Pel n.° 4 un socio non può fare innovazioni negl' in
non vi acconsentano, sebbene le pretenda vantaggiose.

Tanto meno può farle ove sieno dannose.

Dunque nel muro non divisorio comune opponendosi
re quel canale che dee essergli dannoso.

In quanto poi al Codice austriaco:

Mi pare veramente, che la costruzione di quel cana
zione ordinaria secondo il § 833, sibbene di straordinari
834, 835 di quel Codice.

Se ciò è vero, questi §§ contemplano però il caso in
ti importanti per la conservazione e pel migliore godime

Ma siccome la costruzione di un canale senza sfogo
lunge dal tendere alla conservazione ed al migliore godi
deteriorarlo e a renderne peggiore il godimento, parmi
debbano essere applicabili.

Parmi invece ch'esser debba applicabile l' altro § 8

Vale a dire, che non essendo tutt' i comproprietarii
detto muro quel canale senza sfogo dell' acqua che dee d
struito, perchè costruendolo un comproprietario farebb
con cui disporrebbe della porzione degli altri, ed intrap
diritti, locchè tutto è proibito dai suddetti §§ 363, 828.

Suppongo poi che il comproprietario che volesse co
andasse contro essi in giudizio per vincere la loro opposi

In questo caso non potrei immaginare che il giudice
struzione che dee danneggiare il comune loro muro.

Digitized by Google

CAPUT LXVIII.

DE AQUAE PROJECTU SEU ALIARUM RERUM.

I. *Aquam in vicini fundum an immittere licitam sit.* — II. *Aquam vel alias immunditias in stratam publicam, vel alium locum publicum, an projicere liceat.* — III. *Putredinem aliquam puta lavaturam, vel aliud putridum, si pedissequa vel famulus projecerit, et super vestem vel caputium transeuntis per viam publicam, vel ibi stantis descenderit, an ejus dominus teneatur?* — IV. *Aquam ut illic projicias, si duos tibi terrae pedes concedam, an proprietas vel usus concedi videatur?*

I. *Quaero primo nunquid sit licitum immittere aquam in fundum vicini? Et dic quod non, nisi sit servitus imposita* (1), *de quo dic ut plene dixi de servitute projiciendi.*

II. *Quaero secundo, an liceat projicere aquam vel alias immunditias in stratam publicam, vel alium locum publicum? Et puto quod sic, dummodo non noceat usui publico, vel transeuntibus, vel in ea existentibus* (2): *nisi ex lege, statuto, vel consuetudine aliter esset provisum* (3). *Nam communiter circa hoc per statuta locorum est provisum, et aliter quam sit de jure communi.*

III. *Quaero tertio, pedissequa vel famu-*

CAPUT LXVIII.

DEL GETTO DELL' ACQUA E DI ALTRE COSE.

I. Se sia lecito gettar acqua nel fondo del vicino? — II. Se sia lecito gettar acqua od altre immondezze nella pubblica strada, o in altro luogo pubblico? — III. Se la fantesca od il servo avrà gettato alcuna immondezza, per esempio, lavature od altra cosa fetida, e questa sia caduta sopra la veste od il cappuccio di chi passava per la pubblica strada od ivi si stava, il suo padrone sarà forse tenuto? — IV. S' io ti concedo due piedi di terra affinchè ivi getta acqua, sembrerà forse ch'io t'abbia concesso la proprietà o l' uso di essi?

I. Dimando in primo luogo, se sia lecito gettar acqua nel fondo del vicino? Rispondi che no, se non è imposta servitù, e di' in tale proposito, come ho detto pienamente nella servitù di gettare (*a*).

II. Dimando in secondo luogo, se sia lecito gettar acqua od altre immondezze nella pubblica strada od in altro luogo pubblico? Io penso che lo sia, purchè non si nuoccia all'uso pubblico, od a chi passa, od a chi in essa si trova, se però altrimenti non è disposto per legge, per istatuto o per consuetudine. Imperocchè a questa bisogna è comunemente provveduto dagli statuti locali, e diversamente dal diritto comune (*b*).

III. Dimando in terzo luogo: se la fan-

Digitized by Google

tium deturpavit, an dominus (*) *ejus teneatur: et in quantum? Et dic regulariter quod in duplum damni dati* (1): *quod est verum, quando est projectum in loco quo vulgo iter fieri solet: secus si esset projectum in loco non consueto quo vulgo iter non consuevit esse* (2): *quod not. quia accidit saepe de facto: et ita etiam servatur: sed poenae aliter solent imponi per statuta locorum, quae sunt servanda* (3); *ubi autem non essent statuta vel consuetudo, serva quod supra dixi.*

IV. *Quaero quarto, quid si concedo tibi duos pedes terrae, ut ibi projicias aquam, an proprietas vel usus concedi videatur? Et videtur quod non, eo quia fuit conditio projiciendi et causa dandi* (4). *Ultimo de ista materia de ejectionibus et effusionibus, vide plene in tit. de his qui dejec. vel effu. per totum, et adde qui dixi supra de servitute projiciendi.*

(1) *Ut ex text. in l. 1. in princ. et ibi hoc not. Flor. de his qui dejec. vel effud.*
(2) *Ut text. in d. l. 1. § summa cum utilitate. eod. tit. facit l. si putator, et quod ibi not. ad t. Aquil.*

(*) *Dominus.* Utrum dominus teneatur de facto familiae? Respon. ut colligo ex D. Ang. et Joan. de Leg. ac Pap. (1) et Bart. (2) quod sic: quod familia ejus detiquit in officio seu ministerio in quo ipse dominus est praepositus, et ipse utitur opera talis familiae: quia sibi imputet quod talem ellgit, quia honestam debeat ponere (3) civiliter tamen tenetur non criminaliter (4). Ex quo patet quod potestas seu rector tenetur ex maleficiis suorum officialium (5).

(1) *In c. licet, de rest. spo.*
(2) *In l. ne quid ff. de incen. rui. et nau.*
(3) *L. 1. § familiae, ff. de publ.*

glielo lordi, il suo padrone (*) sarà forse tenuto, ed in quanto? Rispondi, che di regola egli è tenuto al doppio del danno recato; il che è vero, allorquando sia gettato in sito nel quale la gente suol passare; e non è, quando sia gettato in luogo non frequentato ove la gente non costuma passare; lo che devi notare, perchè accade spesso di fatto, e così anche si osserva, ma si sogliono imporre pene diverse dagli statuti locali, i quali si debbono rispettare. Dove poi non fossero nè statuti, nè consuetudine, osserva quello che sopra ho detto (*c*).

IV. Dimando in quarto luogo, che sia di diritto, se ti concedo due piedi di terra, affinchè ivi tu possa gettar acqua; sembrerà forse ch' io t'abbia concesso la proprietà o l'uso di quelli. Sembra che no, perchè la condizione del gettare fu causa della dazione. Finalmente intorno questa materia dei getti e degli spargimenti, vedi ne' testi relativi e nel capo della servitù di gettare (*d*).

(3) *L. omnes populi de just. et ju.*
(4) *Ut est text. in l. si mulier. de jur. do. de quo dic ut ubi per Dd.*

(*) *Padrone.* Il padrone è forse tenuto per ciò che fa la famiglia? Rispondi che sì, come raccolgo da Antonio e Giovanni di Lig. e Pap. e da Bartolo; perchè la famiglia rimane in quell'ufficio o ministero al quale egli è preposto, ed egli si vale dell'opera di tale famiglia, e però deve imputare a sè stesso di averla scelta tale, mentre dovea porne una onesta. Tuttavolta è tenuto civilmente, non già criminalmente. Dal che chiaro ricavasi, che il podestà o rettore è tenuto pei delitti de'suoi officiali.

(4) *Ut d. l. ne quid.*
(5) *L. si post, C. de asses.*

ANNOTAZIONI AL CAPO LXVIII.

(*a*) Intorno al diritto di gittar acqua sul fondo del vicino se esso fu acquistato e può esserlo tanto pel § 473 n.° 7 del Codice austriaco, quanto per l' art. 686 del Codice Napoleone, può essere esercitato.

Se non fu acquistato non può esserlo.

(*b*) A proposito del gittare acqua od altre immondezze nella pubblica strada od in altro luogo pubblico, veggansi gli art. 471 n.i 6 e 12, 475 n.° 8, e 476 del Codice dei delitti e delle pene del Regno d' Italia.

Il § 426 del Codice penale austriaco del 1852 riguarda e punisce come contravvenzione il gittare dalle finestre, dai balconi o da altro luogo qualche cosa che possa danneggiare i passeggieri.

Cioè, che possa recar loro danno, vale a dire, secondo il § 1293 del Codice civile, qualunque pregiudizio alle sostanze, ai diritti, alle persone di essi.

Digitized by Google

Non è necessario che il danno sia stato effettivamente arrecato, ma basta anche che col gittare possa essere arrecato, cioè ch' esista pericolo di arrecarlo.

Finalmente la cosa dee essere gittata da finestra, balcone o da altro luogo dall' alto al basso, *von oben herab*, come spiega il testo tedesco e non la traduzione italiana di quel paragrafo.

Sicchè quando la cosa venisse gittata o versata non dall' alto al basso, ma semplicemente fuori (*herausgeworfen*, *herausgegossen*, come dicono il testo tedesco e la traduzione italiana del § 1348 del vigente Codice civile) da qualche luogo in linea orizzontale, o quasi orizzontale, potrebbe per avventura sostenersi non esservi contravvenzione secondo il suddetto § 426 del Codice penale austriaco.

Gittata poi dall'alto al basso, come ho detto di sopra, dell' acqua netta, dalla quale taluno che passi per la pubblica strada od altro luogo pubblico possa essere colpito, egli può essere esposto al solo incomodo di un lavacro, ma può risentir anche danno o nella persona o nelle robe che ha addosso, p. e., una dama col venirle guastato un cappellino di stoffa delicata, o col guadagnare una indisposizione di salute in seguito a buon bagno di acqua fredda d' inverno.

In questo caso vi sarebbe o no contravvenzione secondo che il passeggiere avesse potuto o no venir danneggiato, secondo che avesse esistito pericolo o no di danneggiarlo.

Siccome poi la contravvenzione sussisterebbe non solo quando pel gettito dell' acqua il danno fosse effettivamente arrecato, ma anche quando potesse soltanto esserlo, vi fosse cioè pericolo di arrecarlo, confesso che in qualche caso sarei imbrogliato a decidere se quella contravvenzione esistesse o non esistesse.

P. e. un buon lavacro di acqua fredda in inverno può e non può produrre in un passeggiero che vi sia assoggettato una indisposizione anche grave di salute, ch' è un danno alla persona.

Se può produrla havvi contravvenzione; se non può produrla, no.

Ora come decidere indubbiamente preventivamente, se possa o non possa produrla, se dunque vi abbia o no contravvenzione?

La contravvenzione però vi sarebbe se dall' alto al basso venissero gittate immondezze, perchè allora il passeggiero, se anche non nella persona, potrebbe correre pericolo di essere danneggiato nella roba che ha addosso, perchè quelle immondezze guastano la roba sulla quale vengono gittate.

E qui noto che l' art. 471 n.° 6 del Codice penale italiano punisce come contravventori coloro che hanno gittato od esposto avanti alle loro case delle cose che possono pregiudicare colla loro caduta o colle loro esalazioni insalubri, e qui va bene, perchè conosciute le cose gittate ed esposte si conosce se fossero o no atte a recare quel pregiudizio.

Invece quell' art. al n.° 12 e gli art. 475 n.° 8 e 476 puniscono come contravventori coloro che avessero gittato dei corpi duri o delle immondezze addosso a qualcuno, senza distinguere da qual luogo, e non avuto riguardo a danno o possibile sebbene non cagionato od arrecato effettivamente.

Tornando alla legislazione austriaca, osservo poi che il gittare acqua od immondezze sulla pubblica via o su altro luogo pubblico, quando non sia contravvenzione giusta il Codice penale, può essere però traviamento da punirsi come tale, come notò l'art. 14 dell' avviso della Delegazione provinciale di Padova da me accennato nell' annotazione e al Capo LXVII, allorchè Regolamenti appositi lo stabiliscano.

Spetta poi all'Autorità politica stabilire quei Regolamenti come ho detto nella sud-

Digitized by Google

Mi riferisco anche all' art. 1384 del Codice Napoleone pel quale i padroni sono responsabili dei danni cagionati dai loro domestici nell' esercizio dello loro funzioni.

(*d*) Se uno mi ha conceduto uno spazio in cui possa gittare acqua senza dir altro, non me ne concedette la proprietà.

Nemmeno il diritto d' uso qual è precisato dal § 504 del Codice austriaco e che sta nella facoltà di usare per tutt' i miei bisogni della cosa altrui salva la sostanza.

Ma però me ne ha conceduto l' uso limitatamente al gittarvi quell' acqua.

Digitized by Google

CAPUT LXIX.

DE AQUAEDUCTU.

I. *Aquaeductum alicui in suo habere non licet, per quem aqua in alienum fluat: et quomodo si contra eum agi possit.* — II. *Aquaeductum an per vicini fundum facere liceat.* — III. *In aquaeductu si ego privatus aliquod jus habeam, nunquid a solito cursu diverti poterit.* — IV. *Consuetudine vel statuto quis potest habere jus aquam tollendi per rotam ex flumine vel castello.*

I. *Non licet alicui aquaeductum habere in suo, per quem aqua in alienum fluat: et si contra fiat potest agi contra eum: ita jus illi non esse* (1). *Ex quo not. secundum Flor. ibi, quod faciens aquaeductum in suis domibus, non potest, quatenus per eum fiat damnum domui vel parieti vicini, et pro hoc etiam* (2). *Item not. secundum eundem Flor.* (3) *quod ductus aquae ad fontem, vel ad aliam utilitatem vel commoditatem publicam, si transeat per domum privati, ita debet servari et manu teneri expensis publicis, quod illi privato non noceat: et ad hoc potest agi* (4): *nisi aliter actum sit, vel consuetudine servatum facit ad praedicta* (5).

CAPO LXIX.

DELL' ACQUIDOTTO.

I. Non è lecito ad alcuno avere nel suo un acquidotto pel quale l'acqua scorra nell' altrui; ed in qual modo si possa agire contro di lui? — II. Se sia lecito costruire un acquidotto per il fondo del vicino? — III. Se io privato ho qualche diritto nell' acquidotto, potrà taluno sviarne il solito corso? — IV. Per consuetudine o statuto chiunque può avere il diritto di trarre l'acqua da un fiume o da un castello per una ruota.

I. Non è lecito a chicchessia avere nel proprio un acquidotto, per il quale l'acqua scorra nell'altrui; e se fa l'opposto, si può agire contro di lui, perchè non ha tale diritto. Dal che si ricava il notabile, secondo Floriano, che chi fabbrica un acquidotto nelle sue case, nol può fare di diritto, in quanto per esso rechi danno alla casa o muro del vicino. Del pari è da notarsi, secondo lo stesso Floriano, che l'acquidotto per la fontana o per qualche altro vantaggio o comodo pubblico, se passa per la casa d'un privato, dev'essere conservato e mantenuto a pubbliche spese in guisa che non nuoccia a quel privato, ed a tal fine questi può agire, se però altrimenti non sia stato convenuto o non si osservi per consuetudine.

Digitized by Google

verti a solito cursu? Dicat quod non: imo poterit cogi divertens, ut in pristinum statum aquam ducat (1): *quod not., quia alvei aquarum in quibus vicini consueverunt haurire vel tollere aquam, vel pannos lavare, non possunt perverti in eorum praejudicium.*

IV. *Ultimo not. quod quis potest ex pacto* (*) *vel consuetudine habere jus aquam tollendi per rotam ex flumine vel ex castello* (2): *de quo dic ut ibi per gloss. et Dd. Caetera circa istam materiam vide quae dicam in seq. tit. de* servitute aquaeductus.

(1) *Ut est text. ubi hoc not. Dd. in l. 2. Cod. ad l. Aquil.*

(*) *Pacto.* Quae differentia est inter pactum et conventionem? Pactum est consensus duorum vel plurium ad aliquid faciendum, vel dandum verbis expressum, ita quod verba praemittantur a promittente, et conséquantur a recipiente. Conventio vero est nomen magis generale quam pactum: quia scholares in scholis, et fratres in capitulo convenire dicuntur.

(1) *FF. de pact. l. 1. § conventionis verbum.*

trà l'acqua essere deviata dal solito corso? Rispondi che no; anzi chi la diverte potrà esser costretto a rimetterla nel pristino corso; lo che dee notarsi, perchè i letti delle acque, nei quali i vicini costumarono attingere o prender acqua, o lavare i panni, non possono essere pervertiti in loro pregiudizio.

IV. Finalmente nota, che chiunque può per patto o per consuetudine avere il diritto di prender l'acqua per la sua ruota da un fiume o da un castello, intorno alla qual cosa di' come la glosssa ed i Dottori. Ciò che rimane a dirsi circa questa materia il vedrai nel successivo capo della *servitù dell'acquidotto* (*a*).

(2) *Ut est text. in l. 2. communia praed.*

(*) *Patto.* Qual differenza vi ha fra il patto e la convenzione? Patto è il consenso di due o più persone a fare o dare qualche cosa, espresso con parole, così che queste si premettano da chi promette e sieno conseguenti in chi riceve. Convenzione poi è un nome più generale che patto, perchè gli scolari nelle scuole ed i frati nel capitolo si dicono convenire.

ANNOTAZIONI AL CAPO LXIX.

(*a*) Parlerò dell' acquidotto nelle annotazioni al Capo IV del trattato delle servitù rustiche.

Digitized by Google

CAPUT LXX.

DE PONTE.

I. *Pons dicitur ille, qui est de lignis, non autem de lapidibus.* — II. *Flumen si per civitatem discurrat, et unus ab utraque parte ripae domos habeat: an pontem super flumen facere poterit, per quem de una domo in aliam ire valeat.* — III. *Pontis partem, puta decem pedum longitudine, nunquid in flumen quis facere possit, per quem possit ire ad hauriendum aquam, vel ad lavandum pannos stare.* — IV. *Pontis reficiendi et faciendi onus super flumine publico, ad quem spectat, per quam iter transeuntibus necessarium sit.* — V. *Pons an via publicae appellatione veniat.*

I. *Pons proprie dicitur ille, qui est de lignis, non de lapidibus* (1), *et ibi hoc not. Bart. et Angel. qui dicunt, quod licet istud sit de jure: tamen de consuetudine pons et arcus lapideus synonyma sunt: quia continetur appellatione pontis qui consuetudini standum est. Et pons potest esse duobus modis, in urbe, seu in municipio. Uno modo, quando supra solum publicum* (2). *Alio modo, quando est supra flumen, vel aquam: et de isto dicamus.*

II. *Nunquid si flumen discurrit per civitatem, et unus habet domos ab utraque parte ripae, an possit facere pontem super flumen, per quem possit ire de uno*

CAPO LXX.

DEL PONTE.

I. Ponte si dice quello ch' è fatto di legno, non già di pietra. — II. Se per la città discorra un fiume, ed un tale abbia case dall'una e dall'altra parte della riva, potrà fabbricare un ponte, pel quale possa andare da una casa all' altra? — III. Può forse chiunque costruire sul fiume una parte di ponte, per esempio, 10 piedi di lunghezza, per la quale possa andare ad attingere acqua od a lavare i panni? — IV. A chi spetti il peso di restaurare e fabbricare il ponte sopra un pubblico fiume, ch' è necessario pel pubblico passaggio. — V. Se il ponte sia compreso nel nome di strada pubblica.

I. *Ponte* propriamente si chiama quello ch' è fatto di legno, non di pietre; locchè è notato da Bartolo ed Angelo, i quali dicono, che sebbene ciò sia di diritto, nondimeno per consuetudine *ponte* ed *arco di pietra* sono sinonimi, perchè sono compresi nel nome di ponte; la quale consuetudine si deve seguire. Ed il ponte può esistere in due modi nella città o municipio; primo, quando sovrasta al pubblico suolo, e di questo ponte o cavalcavia discorsi sopra nel capo relativo; secondo, quando sta sopra un fiume od altra acqua, e di questo vogliamo ora discorrere (*a*).

II. Se il fiume scorre per la città, ed un tale ha sue case dall'una e dall' altra parte di esso, può forse costruire sopra il fiume un ponte, pel quale possa andare da una ca-

Digitized by Google

III. *Secundo nunquid potest in flumine facere partem unius pontis, puta longitudinem decem pedum, per quem possit ire ad accipiendum de aqua, vel stare ibi ad lavandum pannos? Et teneo quod non: quia sicut in loco publico vel privato non licet aliquid immittere* (1), *ita nec in flumine publico* (2), *de consuetudine tamen servatur contrarium, cui consuetudini standum est: quia regula est, quod in pontibus et aquis standum est antiquitati* (3): *quam regulam perpetuo tene menti: quia per eam decidere potes plures quaestiones.*

IV. *Tertio, ad quem spectat onus faciendi et reficiendi pontem super flumine publico, per quem sit iter transeuntibus necessarium? Distingue. Aut est pons qui debet retineri, et custodiri per dominum civitatis: et debet expensis ipsius domini fieri et refici: quia ad ipsum dicitur principaliter spectare: sicut etiam spectant alia fortilicia. Aut est pons qui non custoditur, sed simplex tantum pro transitu: et tunc aut deservit omnibus de civitate: et per omnes de civitate fieri debet. Aut deservit uni tantum contratae seu viciniae: et illi de illa solum contribuere tenentur, sicut de puteo communi dicitur* (4).

V. *Quarto, an appellatione vitae publicae veniat pons? Et dicas, quod sic: quando per illum vulgo iter sit* (5), *et ideo statuta loquentia de maleficiis commissis in via publica, verificantur in commissis super ponte publico* (6). *Reliqua quae spectant ad materiam pontis, dicam plene in seq. lib.*

(1) *L. 1. et 2. ne quid in loco publ.*
(2) *Argum. d. l. fin. ne quid in flum. publ.*
(3) *Ut est text. et ibi hoc not. Bald. in tit. de pace Constant. in 6. colum.*
(4) *Argum. l. secundum naturam de regul. jur. etc. qui sentit onus, eod. tit. lib. 6. facit l. aediles et quod ibi not. de via publ.*

III. In secondo luogo, può forse alcuno costruire sopra il fiume una porzione di ponte, esempigrazia, della lunghezza di dieci piedi, per la quale possa andare ad attinger acqua o nella quale possa starsi a lavare i panni? Stimo che no, perchè siccome non è permesso immettere checchessia nel luogo pubblico o privato, così neppur lo si può nel pubblico fiume. Per consuetudine nondimeno si osserva l'opposto, alla quale consuetudine si deve stare; imperocchè è regola di diritto, che rispetto a' ponti ed alle acque si dee seguire l'antico costume; e questa regola si deve sempre tenere a mente, perchè per essa si possono sciorre parecchie questioni.

IV. In terzo luogo, a chi spetta il peso di restaurare e fabbricare il ponte, che sta sul fiume pubblico e ch'è necessario pel pubblico passaggio? Distingui: Od è ponte che dev' essere conservato o custodito dal signore della città, e dovrà essere fatto o restaurato a spese dello stesso signore; perchè ad esso principalmente si dice spettare, come gli spettano ancora gli altri fortilizi. Od è ponte che non si custodisce, ma serve semplicemente al passaggio, ed allora, o serve a tutti i cittadini e dev' esser fatto e restaurato da tutti. O serve soltanto ad una contrada o quartiere, e gli abitanti di questo soltanto sono tenuti a contribuire, come si dice circa il pozzo comune (*c*).

V. In quarto luogo, il ponte è forse compreso nel nome di pubblica strada. Rispondi che sì, allorquando per quello il popolo passa, e però gli statuti che parlano di delitti commessi sulla pubblica strada riguardano anche quelli perpetrati sul pubblico ponte. Ciò che resta a dirsi circa la materia del ponte, il troverai nel libro seguente (*d*).

(5) *Argum. l. fin. ne quid in flum. publ. juncta l. fin. in princ. ff. de servit.*
(6) *Et adde praedictis quae dixi supra de servit. tig. immittendi, in 6. quaest. et supra de refectione, in 7. quaest. et supra de pon. et vide l. supra iter. in princ. et ibi per Bart. et Dd. de aqua pluv. arcend.*

ANNOTAZIONI AL CAPO LXX.

(*a*) Del ponticello in generale e di quello detto cavalcavia in particolare ho parlato nelle annotazioni al Capo LX

Digitized by Google

Quella porzione di ponte poi, che gittata da una di quelle sponde non giunge a toccare l'altra ma finisce ad un certo punto della larghezza del fiume o dell' acqua, che serve onde entrare nelle barche le quali vi si accostano ed uscirne, o da cui si attinge acqua, si lavano pannilini ecc., se costruita di pietre chiamasi *molo*, se di legname, volgarmente dicesi *pontile*.

Qui non parlo dei ponti che ponno essere gittati da una eminenza all' altra senza che sotto vi scorra fiume od altr' acqua e nemmeno di quella specie di ponte che dicesi *viadotto* e sul quale si fa passare la ferrovia.

(*b*) Quando su un' acqua pubblica scorrente per la città io voglia costruire ponte per andare alle mie case situate su ambedue le sponde di quell' acqua, ovvero quando per gli usi accennati nella precedente annotazione, io voglia costruirvi *molo* o *pontile*, non potrò farlo senza il permesso dell' Autorità politico-amministrativa come ho detto al n.° 1 della annotazione *a* al Capo LX pel cavalcavia.

Mi sembra chiaro che quell' Autorità non me ne permetterà la costruzione, quando vi ostino pubblici riguardi, e che permettendomela lo farà a condizione che non vengano lesi.

Così se dopo permessa quella costruzione venisse a lederli, me ne ordinerà, ed io dovrò eseguirne, ove sia necessario, perfino la demolizione.

Ciò vale specialmente pel caso in cui il mio ponte, molo o pontile fosse di ostacolo alla navigazione, come si vede dagli art. 7 ed 8 dell' ancora vigente Decreto italiano del 20 maggio 1806 n.° 35, che porta appunto il Regolamento su quella navigazione.

(*c*) Il peso di fabbricare o riparare il ponte che sta sul fiume pubblico e che servendo al passaggio altro non è a parer mio se non una strada sull' acqua, spetta presso noi a quegli cui spetta fabbricare o riparare le strade.

Quindi spetta:

1.° per l' art. 24 del vigente Decreto italiano sulle strade 20 maggio 1806 n. 34 allo Stato, se il ponte è dello Stato, ad uso del pubblico che compone questo.

2.° per l' art. 27 al Comune se il ponte è comunale ad uso comunale.

3.° per l' art. 29 al proprietario privato di esso se è ponte gravato di servitù pubblica.

Sembrami in questo caso applicabile il suddetto art. 29 anzichè l' altro art. 25 di quel Decreto, perchè l' art. 25 parla più propriamente dei ponti sopra canali manufatti che attraversano, cioè che solcano ossia che passano sopra le strade e perchè qui non si tratta di canale che solchi quella strada cioè che sopra vi passi, sibbene di un'acqua che pone limite da un lato e dall' altro alla strada medesima.

4.° Per l' art. 30 finalmente se il ponte è privato non gravato di servitù pubblica si osservano le disposizioni di ragione.

Cioè a parer mio, potendo in questo caso dirsi, avere il privato diritto di servitù di tenere ponte su quella pubblica acqua, ed essere il ponte il fondo dominante e l' acqua il fondo serviente, sembrami che fossero applicabili in regola il § 494 del Codice austriaco e gli art. 697, 698, 699 del Codice Napoleone.

In quanto alle eccezioni che può aver quella regola veggasi l' annotazione *c* al Capo XXIII.

(*d*) Quando un ponte congiunga un tronco con altro tronco di strada, mi sembrerebbe continuazione, pertinenza di essa, e sarebbe quindi nel nome di essa compreso.

Ma se da una strada desse soltanto accesso ad una casa come si vede talora a Venezia, ove da una sponda di un canale, un ponte conduce soltanto ad un' abitazione, allora, fino a prova contraria, mi sembrerebbe pertinenza della casa e nel nome di essa compreso.

Digitized by Google

CAPUT LXXI.

DE PICTURIS SEU INCRUSTATIONIBUS.

I. *Picturas habere in pariete communi an socio liceat.* — II. *Parietem communem unus ex sociis, etiam altero invito, an dealbare et pingere poterit.* — III. *Incrustationes quid proprie sint, et quomodo capiantur.* — IV. *Picturarum et incrustationum an ratio habeatur, si de aliquo muro de damno infecto cautum sit.* — V. *Picturae si in pariete communi existant, an causa imponendi tigna alter socius pulsare posset, ne qua pulsatione damnum illis picturis contingere posset.* — VI. *Pingi si velim facere in Ecclesia crucifixum, vel aliquid aliud, an possint.* — VII. *Usufructuarius vel inquilinus an in domo usufructuaria vel conducta possit facere pingi insignia sua, quae vulgo arma dicuntur.* — VIII. *Depingi non potest facere insignia sua potestas officialis, vel privatus quispiam, vel nomen suum in aedificio publico ponere.* — IX. *Depingi facere potest insignia sua ille, cujus pecunia publicum opus factum sit.* — X. *Capellam vel Ecclesiam si quispiam fecerit, et in memoriam sui insignia sua apponi fecerit, an Clerici ea delere possint, et alia imponere.* — XI. *Depictus si esset quispiam in aliquo loco publico tamquam proditor, et quispiam sine principis licentia illam picturam deleret: an in aliquod edictum incideret.* — XII. *Imaginem Dei vel Sanctorum percutiens qua poena puniri possit.* — XIII. *Pictores et miniatores pingentes cum adulterinis coloribus, an domino ad interesse teneantur.* — XIV. *Pictura an cedat tabulae vel chartae, an e contra.* — XV. *Imagines Sanctorum Leo Imperator cur deleverit.* — XVI. *Imagines Sanctorum qualiter adorare debeamus.*

I. *Non est dubium quod licet socio in pariete communi picturas habere* (1): *et ibi per omnes Dd. et not. Angel.* (2) *qui dicit quod non est, quia per eas non fit aliquod damnum vicino, sed toti societati*

(1) *Quia est text. in l. quidam Iberus in princ. de serv. urb. praed.*

CAPO LXXI.

DELLE PITTURE ED INCROSTATURE.

I. Se sia permesso al socio tener pitture nel muro comune? — Se uno dei soci anche a mal grado dell'altro possa imbiancare e pitturare il muro comune? — III. Che cosa veramente sieno le incrostature e come s' intendano. — IV. Quando fu ottenuta cauzione pel temuto danno di qualche muro, vi è forse ragione per le pitture od incrostature? — V. Se, qualora esistano pitture nel muro comune, l' altro socio possa battere in quello onde immettervi travi, per il quale battimento derivi danno alle dette pitture? — VI. Se io volessi far dipingere un crocifisso od altro in una Chiesa, io potrei forse? — VII. L'usufruttuario od il conduttore può forse far dipingere nella casa usufruita o condotta le sue insegne, che si appellano armi? — VIII. Nè il podestà, nè un ufficiale, nè qualsivoglia privato può far dipingere le sue insegne o porre il suo nome in un pubblico edifizio. — IX. Quegli che a spese proprie fece un'opera pubblica, può in essa far dipingere le sue armi. — X. Se taluno avrà fabbricato una Chiesa od una cappella, e vi avrà fatto porre le proprie armi in memoria di ciò, potranno queste esser distrutte dagli ecclesiastici, attaccandovene altre? — XI. Se taluno fosse dipinto in qualche luogo pubblico come traditore, e certo altro senza permesso del principe cancellasse quella pittura, questi cadrebbe forse nella pena di qualche editto? — XII. Con qual pena si possa castigare colui che percuote l'immagine di Dio o dei Santi. — XIII. Se i pittori e miniatori che dipingono con colori adulterati sieno tenuti a risarcimento verso il padrone? — XVI. Se la pittura ceda alla tavola od alla carta, od all' oggetto? — XV. Perchè l'imperatore Leone abbia fatto distruggere le immagini dei Santi. — XVI. In qual modo dobbiamo adorare le immagini de' Santi.

I. Non v' ha dubbio, che al socio è permesso tener pitture nel muro comune, come notano i Dottori ed Angelo, il quale dice che lo è, perchè mediante quelle non si reca alcun danno al vicino, ma invece si giova a

(2) *In l. inter quos in princ. in ultim. col. de dam. infect.*

Digitized by Google

prodest, saltem quoad ornamentum: et ideo invito socio etiam fieri possunt (1).

II. *Et sic not. quod parietem communem unus ex sociis poterit etiam altero invito dealbare et depingere, et similia super eo facere, secundum Joan. Pet. de Papia* (2), *et ita tenet Angel.* (3) *potest etiam incrustationes facere* (4): *exemplum ponit Angel.* (5) *in Florentinis volentibus incrustare parietem, quae incrustatio fortificat parietem.*

III. *Et incrustationes dicuntur crustae subtiles marmoris, quae ponuntur extra murum, ut totus marmoreus videatur* (6): *et pone exemplum tu sicut est tota Ecclesia Sancti Marci de Venetiis. Possunt etiam capi incrustationes pro opere musaico, quo testudines dictae Ecclesiae sunt ornatae. Et per praedicta etiam concludo, quod si murus esset simpliciter factus, posset unus sociorum etiam altero invito calce impleri facere, et ipsum dealbare: quia per hoc efficitur melior et pulchrior sine aliquo damno socii.*

IV. *Sed quid si est cautum de damno infecto illius muri: an habeatur ratio illarum picturarum et incrustationum? Dic quod non* (7).

V. *Sed quid si in pariete communi sunt picturae, an alter socius possit pulsare, puta causa imponendi tigna, si propter illam pulsationem fieret damnum illis picturis? Dic quod non: idem si vellet mittere aquam per sectarium vel necessarium, et propter humiditatem deterentur picturae: nam dictis casibus non potest: debet enim socius ita uti re communi, quod non fiat damnum parieti communi* (8).

VI. *Quid si volo facere depingi crucifixum, vel aliquid aliud in Ecclesia, utrum possim prohiberi? Dicas quod non, quia istud pertinet ad ornamentum, non ad deformitatem* (9), *imo dico plus, quod legatum factum pro pictura Sanctorum, censetur esse factum piam causam* (10), *et ibi hoc not. Bart.* (11), *et probatur etiam* (12).

(1) *Ad hoc tu alleg. l. impensae, in fin. de verb. sign.*

tutta la società, almeno rispetto all'abbellimento; epperò anche a mal grado di un socio si possono fare.

II. Donde si trae il notabile, che uno dei socii può anche a mal grado di un altro socio imbiancare e dipingere il muro comune, o farvi alcunchè di simile, come dicono Giampietro da Pavia ed Angelo, e può eziandio porvi incrostature. Ed Angelo porge un esempio di ciò nei Fiorentini, che sogliono incrostare i loro muri, perchè le incrostature li fortificano.

III. *Incrostature* poi si dicono quelle sottili croste di marmo che si pongono fuori del muro, così che questo sembri tutto di marmo, e tu n'offri un esempio nell'intera Chiesa di S. Marco a Venezia. Possono le incrostature essere intese eziandio per opra di musaico, del quale sono ornate le cupole di detta chiesa. E per le or dette cose conchiudo ancora, che se il muro è costruito semplicemente, uno dei socii anche contro voglia dell'altro può farlo intonacare con calce ed imbiancare, perchè in tal modo diventa migliore e più bello senza alcun danno del socio (*a*).

IV. Ma che sarà se fu prestata cauzione pel danno temuto di quel muro; vi sarà forse ragione di tali pitture ed incrostature? Rispondi che no.

V. Ma che sarà, se nel muro comune si trovano pitture? l'altro socio potrà forse battere in esso onde immettervi travi, qualora per quel battimento recasse danno alle dette pitture? Rispondi che nol può. Così pure se volesse mandar acqua per l'acquajo o pel cesso, ed in forza dell'umidità le pitture si distruggessero, imperocchè in tali casi nol può, essendochè il socio debba usase della cosa comune in modo da non recar danno al muro comune (*b*).

VI. E che, s'io voglio far dipingere un crocifisso od alcunchè altro in una chiesa; mi può esser ciò proibito? Rispondi che no, perchè in ciò fare si abbellisce, non si disforma. Anzi io dico di più, che il legato disposto per la pittura di Santi si stima fatto per causa pia, lo che è notato da Bartolo e provato da' testi. Così pure si può lascia-

et ibi per gloss. et Dd. et per Ang. in d. l. inter quos, in princ. in ultim. col.

Digitized by Google

Item potest relinqui usufruct. statuae vel imaginis (*) (1).

VII. *An autem usufructuarius, vel inquilinus possit in domo usufructuaria, vel conducta facere depingi insignia sua, quae vulgo arma dicuntur! Et dicas quod sic* (2): *et ibi hoc not. Flor., quia per hoc non videtur esse deterior conditio rei et mutari ejus substantia: alias secus* (3) *et propterea in picturis, quae facilliter deleri possunt, procederet: secus si vellet sculptas in lapidibus ponere.*

VIII. *Item nullus etiam potestas, vel officialis, vel privatus potest, depingi facere insignia sua, vel ponere nomen suum in aedificio publico, puta in palatio vel platea: sed solum nomen et insignia principis* (4): *quod not. quia servantur totum contrarium in practica.*

IX. *Item ille, cujus pecunia opus publicum factum est, potest nomen et insignia sua depingi facere* (5): *et ita observatur: maxime, quando fabricatur una Ecclesia vel capella: et intellige, quando de sua pecunia: secus si de pecunia aliena: et ideo cum Episcopus Veronensis, qui etiam Cardinalis erat, et Vicecamerarius Papae, exposuisset de bonis erogandis pauperibus in fabrica majoris Ecclesiae Veronae duo millia ducatorum, et fecisset sculpi insignia sua super capella sua cum columnis, fuerint sibi abrasa, et merito quidem, quia illa non erat pecunia sua, omnino tenebatur eam erogare* (6).

X. *Item pone, unus fecit fieri Capellam vel Ecclesiam et in memoriam sui nominis ibi fecit apponi insignia sua, prout solitum est: an possint illa insignia Clerici delere, et altera imponere? Dicas quod non, immo puniri debent arbitro judicis* (7), *secundum Ludo. Roma.* (8) *et nota Bart.* (9) *qui dicit not. contra fratres minores, et aliquos religiosos, qui capellas aliquorum defunctorum attribuunt nomini alterius, qui hoc facere non debent. Item contra eos, qui abradunt arma alie-*

re l'usufrutto di una statua od immagine (*) (c).

VII. Ma l'usufruttuario od il conduttore potrà forse far dipingere le proprie insegne, che si appellano armi, nella casa usufruita o condotta? Rispondi che sì, e lo conferma Floriano, perchè non sembra perciò fatta peggiore la condizione della cosa e mutata la sua sostanza; ed altrimenti se ciò fosse. E perciò questo procederebbe per le armi dipinte che facilmente si possono cancellare, non già qualora ei volesse porle scolpite in pietra (d).

VIII. Così pure nessun podestà od officiale o privato può far dipingere le sue armi o porre il suo nome in un pubblico edificio, per esempio, nel palazzo o nella piazza, ma soltanto il nome e le insegne del principe; lo che dee notarsi, perchè in pratica si osserva affatto il contrario (e).

IX. Così pure quegli, che col proprio danaro fece un'opera pubblica, può far dipingere in essa il suo nome e le sue armi, e così in fatto s'osserva, massimamente, allorquando si fabbrica una Chiesa o Cappella, ed intendi ciò procedere, qualora si fabbrichi col proprio danaro, e non già quando si edifichi coll'altrui. E però certo vescovo di Verona, il quale era anche cardinale e vicecameriere del Papa, avendo spesi due mila ducati dei beni da erogarsi ai poveri nella fabbrica della maggior chiesa di Verona, ed avendo fatte scolpire le sue armi sopra la cappella che s'avea fatto innalzare con colonne, esse furono rase e meritamente, perchè quelli non erano danari suoi, ma era invece tenuto a spenderli in altro modo.

X. Così pure metti quest'esempio. Certuno fece fabbricare una Cappella od una Chiesa, ed in memoria del suo nome vi fece porre le sue armi, com'è costume: possono gli ecclesiastici distruggere quell'armi e porvene altre? Rispondi che no, anzi debbono essere puniti ad arbitrio del giudice, secondo Lodovico Romano: e Bartolo ha un notabile contro i frati minori ed alcuni religiosi, i quali attribuiscono ad altri le cappelle di certi defunti, mentre non lo devono fare. Avverti nondimeno che le armi

Digitized by Google

tamen, quod arma eorum, qui propter traditionem de patria expulsi sunt, possunt deleri (1), *et ita etiam saepissime observatur.*

XI. *Item adde, quod si aliquis esset depictus tanquam proditor in aliquo loco publico, et unus deleret illam picturam sine licentia principis, incideret in edictum*, de quo habetur in l. si familia de jurisdict. omn. judic. (2).

XII. *Item quod percutiens imaginem Dei vel Sanctorum puniri potest* (3) *et ibi hoc notat Ang. qui dicit, quod vidit Perusii frangentem majestatem ligneam, amputari sibi manus: et quod etiam gravius puniri potest poena mortis* (4).

XIII. *Item not. contra pictores et miniatores, qui miniant et pingunt cum adulterinis coloribus, ut teneantur domino ad interesse* (5). *Item tenentur crimine stellionatus.* (6) *et not. Bart.* (7) *qui dicit idem in tinctoribus pannorum, et sim.*

XIV. *Item nunquid pictura cedat tabulae vel chartae, an e contra?* vide text. (8).

XV. *Ultimo nota, quod multi infideles reprehendunt imagines Sanctorum dicentes quod sumus idolatrae: et propterea Imperator Leo, qui fecit* l. dies festos. C. de feriis, et l. si quenquam. C. de Episcop. et Cleric. *ex suggestione quorundam haereticorum habuit contentionem cum Ecclesia Romana: quia fecit removeri omnes picturas de Ecclesiis tanquam idololatriam continentes: sed Papa qui tunc erat, congregavit Concilium Romae, et ipsum Leonem existentem Constantinopoli excommunicavit: qui Leo lepra percussus posted mortuus est* (9).

XVI. *Et tu dicas defendendo Christianos, quod imagines adorare non debemus, videlicet colores earum, seu lapides: sed eis debemus reverentiam propter Deum et Sanctos, qui per eas repraesentantur.*

dalla patria loro, possono venir cancellate; e questo bene spesso si pratica (*f*).

XI. Parimente aggiungi, che se alcuno fosse dipinto come traditore in qualche luogo pubblico, e tal altro distruggesse quella pittura senza permesso del principe, cadrebbe nella penalità dell' editto, di cui si parla nella legge *si familia ff. de jurisd. omn. jud.* (*g*).

XII. Del pari arroge, che chi percuote l' immagine di Dio o de' Santi può esser punito; lo che nota pur Angelo, il quale dice di aver veduto in Venezia tagliar la mano ad un cotale che avea spezzato un Cristo di legno, e che ancor più gravemente può esser punito colla pena di morte (*h*).

XIII. Così pure si dee far nota contro i pittori e miniatori, che dipingono e miniano con colori adulterati, affinchè sieno tenuti a risarcire il commettente; del pari vanno puniti pel delitto di truffa, secondo i testi e Bartolo, il quale dice lo stesso dei tintori di panno e simili operai (*i*).

XIV. Così pure la pittura dovrà cedere alla tavola od alla carta, oppure all' opposto? Vedi i testi relativi (*k*).

XV. Nota finalmente, che molti infedeli biasimano le immagini de' Santi dicendo che noi siamo idolatri; e perciò l' imperatore Leone, il quale fece la legge *dies festos Cod. de feriis*, e la legge *si quemquam Cod. de episc. et cler.*, per suggestione di certi eretici trovò contesa con la Chiesa di Roma, e fece togliere dalle chiese tutte le pitture, come se fossero oggetto d'idolatria; ma il Papa d' allora congregò un concilio a Roma e scomunicò lo stesso Leone che stava a Costantinopoli; il qual Leone percosso dalla lebbra poscia morì.

XVI. Tu poi, difendendo i Cristiani o Cattolici, dirai, che non dobbiamo adorare le immagini, cioè i loro colori o le pietre, ma che dobbiamo ad essi venerazione per Iddio e pe' Santi che sono da esse rappre-

Digitized by Google

rum fregerat sub excusatione, ne adorari debuissent (1). *Et quidem imagines adorari vetuisse omnino laudamus: fregisse vero reprehendimus. Aliud enim picturam adorare: aliud per picturae historiam, quid sit adorandum, addiscere. Nam quod legentibus scriptura, hoc idiotis praestat pictura cernentibus: quia in ipsa ignorantes vident, quod sequi debent: in ipsa legunt, videlicet qui literas nesciunt, unde et praecipuè gentibus pro lectione pictura est. Item et sexta Synodo scribitur: Venerabiles Imagines Christiani non Deos appellant, neque serviunt eis, ut diis, neque spem salutis in eis ponunt, neque in eis spectant futurum judicium: sed ad memoriam et recordationem primitivorum venerantur eas, et adorant: sed non serviunt eis cultu divino, nec alicui creaturae*: ut est text. de consecr. distin. 3, *et ibi omnino vide quod not. pro fide nostra, ut scias qualiter imagines* (**) *Dei et Sanctorum sint adorandae. Et de materia picturarum vide etiam per Bart.* in suo tractat. de insigniis et armis.

(1) *Et habetur de consecr. dist. 3. per latum in haec verba.*

(*) *Imaginis.* Imagines Sanctorum quare depingantur? Resp. Grego. (1) sic inquiens. quod legentibus scriptura, hoc idiotis praestat pictura cernentibus: quia in ipsa ignorantes vident quod sequi debeant: in ipsa legunt qui literas nesciunt, unde praecipue gentibus pro lectione pictura est.

(**) *Imagines.* Utrum adoratio requirat locum determinatum? Respond. quod non principaliter, quasi sit de necessitate ejus: sed bene requiritur secundum condecentiam, sicut et alia signa corporalia, secundum illud Luc. 19. Domus mea domus orationis vocabitur, et id Joan. 4. Venit hora in qua veri adoratores adorabunt ipsum, qui est principalis actus adorationis, ut dictum est. Locus tamen requiritur non propter eum qui adoratur, sed propter adorantes.

(1) *In c. per latum de consecr. distinct.* 3.

che avea distrutte le immagini de' Santi sotto pretesto che non si doveano adorare. — « Lodiamo che sia stato proibito di adorare » le immagini de' Santi; ma biasimiamo che » sieno state distrutte. Imperocchè altro è » adorar la pittura, ed altro è imparare » mediante una storia dipinta che cosa debba adorarsi. Ed invero ciò ch' offre lo » scritto a chi legge, ciò pure offre il dipinto agli ignoranti osservatori, avvegnachè » in esso veggano gl' idioti ciò che debbon » seguire, ed in esso lo leggano coloro che » non sanno di lettere; ond' è che la pittura principalmente tien luogo di lezione » alle genti. » — Così pure nella sesta Sinodo fu scritto: « I Cristiani non chiamano » Dei le immagini venerande, nè servono » ad esse come agli Dei, nè ripongono in esse speranza di salute, ned aspettano in esse il giudizio futuro; ma le venerano e le » adorano a commemorazione e ricordanza » dei primi fedeli; ma non prestano ad esse » culto divino, come a nessuna creatura. » Così si trova nel testo *de consacr. dist.* 3, che tu leggerai per intero e rammenterai onde sapere in qual modo le immagini (*) di Dio e de' Santi debbono essere adorate. E circa la materia delle pitture consulta anche Bartolo nel suo trattato *delle insegne e delle armi* (1).

(*) *Immagine.* Perchè si dipingono le immagini de' Santi? Risponde Gregorio Magno, come sopra.

(**) *Immagine.* L' adorazione richiede forse un luogo determinato? Rispondi che non lo domanda principalmente, quasi fosse una necessità, ma bensì lo richiede decenza, come pure richiede altri segni materiali, secondo ciò che dice san Luca: *La mia casa sarà chiamata casa di orazione*, e ciò che dice san Giovanni: *Verrà l'ora in cui i veri adoratori adoreranno quello stesso ch'è principal atto di adorazione*, come fu detto. Nondimeno si richiede un luogo non per Colui che si adora, ma pegli adoranti.

ANNOTAZIONI AL CAPO LXXI.

(a) Le muraglie s' imbiancano, vale a dire, loro si dà il bianco distendendovelo col pennello.

Sovente si colorano con varie tinte, segnandovi scompartimenti terminati da linee rette che ne rappresentano come la cornice, e facendovisi anche foglie, fiorami ed altri fregii cogli *stampini*.

Possono anche farvisi sopra dipinture, rappresentanti fatti mitologici, storici, paesaggi ecc. ed aventi maggior o minor pregio secondo la maggiore o minore valentia del pittore in esse adoperato.

Digitized by Google

Talora, come dice il nostro autore, s' incrostano anche di marmi.

Ora domando, se un comproprietario abbia diritto da se solo di far imbiancare, colorire, pitturare, incrostare un muro a lui e ad altri comproprietarii comune?

1.° Se il muro comune è divisorio parmi che dalla sua parte abbia diritto da se solo di farlo, tanto pel Codice austriaco, quanto pel Codice Napoleone.

a) Può farlo pel primo di quei Codici, perchè se pel § 855 di esso può usare di quel muro fino alla metà nella grossezza, purchè non esponga a pericolo l' edifizio, e purchè non impedisca al vicino l' uso della sua porzione del muro stesso, può anche farvi fare dalla propria parte imbiancature, coloriture, pitture che stanno alla superficie del muro, ed incrostamenti che non giungano a quella metà, opere queste tutte che non portano pericolo e che non impediscono al vicino di usare dalla sua parte del muro medesimo.

b) Può farlo pel secondo di quei Codici, perchè se per gli art. 657 e 662 di esso, dalla sua parte egli può far fabbricare appoggiando a quel muro e può farvi anche incavi ed applicarvi ed appoggiarvi nuove opere, anche contro volontà degli altri comproprietarii quando abbia fatto determinare da periti i mezzi necessarii onde l' opera non riesca di danno alle ragioni di questi, tanto più da quella sua parte può far eseguire imbiancature, coloriture, pitture, le quali non recano al muro, ed incrostamenti che non gli rechino alcun pregiudizio.

2.° Se il muro comune poi non è divisorio, distinguo secondo i due Codici tra le imbiancature e coloriture e le pitture e gl' incrostamenti:

Pel Codice austriaco

a) far imbiancare e come ho detto a principio colorire quel muro comune mi sembra opera di amministrazione ordinaria per cui provvede il § 833.

Quindi un socio non potrebbe farla eseguire senza avere a favor suo la pluralità dei voti dei socii, ed in caso di parità di voti senza decisione adesiva del giudice;

b) fare invece eseguire su quel muro comune le dipinture o gli incrostamenti di cui pure a principio ho parlato, mi sembra affare di amministrazione straordinaria ed uno dei cangiamenti importanti di cui tratta il § 834.

Quindi un socio non potrebbe far eseguire questi lavori senza avere a suo favore la pluralità dei voti dei socii e ferme le disposizioni di quel § e del successivo § 835.

E pel Codice Napoleone

a) fare eseguire quella imbiancatura e coloritura del muro comune, mi sembrerebbe un servirsi di quella cosa comune secondo la destinazione di essa, fissata dall' uso e che non impedisce agli altri socii di servirsene secondo il loro diritto, cosa questa permessa ad un socio dall' art. 1859 n.° 2.

La spesa di quella imbiancatura e coloritura mi sembrerebbe spesa necessaria alla conservazione del muro comune, che un socio può fare chiamando gli altri socii a concorrervi pel suddetto art. n.° 3.

Mi sembrerebbe in conseguenza di tutto ciò che un socio potrebbe da se solo far eseguire quella imbiancatura e coloritura del muro comune non divisorio.

b) Al contrario fare eseguire in quel muro comune le dipinture e gl'incrostamenti di cui ho parlato più sopra mi sembrerebbe una innovazione, che pel suddetto art. n.° 4 un socio non può fare senza l'assenso degli altri socii, quand'anche la pretenda vantaggiosa.

(*b*) Le pitture che potevo fare e che ho fatto eseguire dalla mia parte del muro comune divisorio sono mia proprietà.

Quindi ho diritto di esigere che gli altri comproprietarii non rechino danno a quella mia proprietà.

Quindi un altro comoroprietario non può battere in quel muro per immettervi travi,

Digitized by Google

Infatti, quantunque sia religiosa e lodevole la mia intenzione, non mi è lecito di porre arbitrariamente mano in cosa non mia.

Il legato di pitture o dell' usufrutto di una statua o di una immagine in una Chiesa o ad una Chiesa, se anche è legato pio, deve per avere effetto essere accettato dalla legataria mediante i rappresentanti di essa.

(*d*) Non credo che l' usufruttuario ed il conduttore di una casa altrui possano farvi dipingere o scolpire sulle muraglie i loro stemmi senz'assenso del proprietario.

Almeno secondo il § 354 del Codice civile austriaco, quegli stemmi fanno prova di esclusiva proprietà.

Dunque facendoli dipingere o scolpire su casa altrui l' usufruttuario ed il conduttore si procaccerebbero una prova di proprietà loro non spettante su quella casa.

Credo però che essendo lo Stato od un Comune usufruttuarii o conduttori di una casa altrui in cui stabilissero i loro uffizii, potrebbero appendervi i loro stemmi che in questo caso non farebbero prova di una proprietà che non hanno, ma farebbero indicazione che quella casa serve ai loro uffizii.

(*e*) Credo anch' io che in un edifizio od altro sito pubblico sia dello Stato sia di un Comune, nessun pubblico uffiziale e nessun privato potrebber farvi dipingere o scolpire i loro stemmi od inscrivervi il loro nome, invece di quelli del Principe o del Comune.

(*f*) Chi col proprio denaro fece un' opera pubblica può farvi dipingere o scolpire il suo stemma od il suo nome solo quando vi acconsenta chi rappresenta il pubblico pel quale quella opera fu fatta.

Chi fabbrica col proprio denaro Chiesa o cappella pubblica ne acquista diritto di patronato.

Come patrono ha, secondo il Nardi, diritto ecclesiastico § 633, il diritto *inscriptionis* o *nominis*, cioè il diritto onorifico di porvi il suo nome sulle pareti se è patrono laicale, ed in una tavola sospesa od affissa se è ecclesiastico.

Diritto di porvi il suo stemma parmi che non abbia senza speciale concessione.

Fin che dura il patronato parmi che la inscrizione del nome non possa essere tolta senza assenso del patrono. Esistendo per concessione uno stemma potrà secondo la qualità di essa o non potrà essere tolto.

Chi si fabbrica poi cappella od oratorio privato parmi che possa porvi il suo nome o stemma in segno della sua proprietà.

(*g*) Non trovo fra le pene stabilite dal Codice penale italiano e dal vigente Codice penale austriaco, nè fra gl' inasprimenti di pena portati da questo ultimo Codice la dipintura in luogo pubblico di un traditore.

(*h*) Sulla perturbazione della religione veggansi gli art. 260-264 del Codice penale italiano ed i §§ 122-124 del vigente Codice penale austriaco.

(*i*) Quando io ordini ad un pittore di farmi un quadro od un ritratto, somministrandogli o no i colori, la tela, l'avorio ecc.; ovvero quando gli commetta di eseguirmi pitture in una stanza della mia casa, somministrandogli o no i suddetti colori, parmi non esservi dubbio secondo i §§ 1151, 1152, 1158 del Codice austriaco aver noi stipulato contratto di locazione e conduzione d' opera.

Lo stesso parmi che debba dirsi anche pei combinati art. 1710, 1711, 1787 del Codice Napoleone pei quali quel contratto è di locazione d' opera sia che la materia per la dipintura venga somministrata da me conduttore o dal pittore locatore di quella opera.

La quistione dunque che un pittore eseguendo per mia commissione le suddette opere adoperi colori adulterati, dee a mio parere decidersi secondo le regole di diritto particolari al contratto di locazione e conduzione d'opera.

Quindi pel § 1153 del Codice austriaco se la pittura eseguitami dal pittore per effetto dell'uso di colori adulterati, avesse tali difetti essenziali che la rendessero inetta all'uso o che fossero contrarii alla espressa convenzione, io potrò recedere dal contratto ed obbligarlo a tenersi il quadro o ritratto e a ridurre il muro nello stato di prima a sue spese.

Digitized by Google

Non volendo poi io recedervi o non essendovi difetti essenziali nè contrarii alla convenzione espressa, potrò domandargli o la correzione dei difetti o la conveniente indennizzazione, e a questo fine ritenere una parte proporzionata della mercede.

In questi casi non mi sembrerebbero applicabili i §§ 922, 923, 928 sulla evizione o garantia essendo i casi stessi specialmente regolati dal suddetto § 1153, e perchè come giustamente osserva il Winiwarter nel suo commento a quest'ultimo § del Codice austriaco, la garantia od evizione suppone difetti ch'erano esistenti di già all'atto della prestazione della cosa, e nel caso della locazione e conduzione di opera i difetti vengono ad esistere di mano in mano che l'opera viene eseguita.

Nè sembrami che diversamente possa dirsi secondo il Codice Napoleone che non mi pare contempli espressamente il caso del quale ora mi occupo.

È certo infatti che il pittore il quale assunse di fare per me quelle opere si è obbligato a farle bene.

Ora se adoperando colori adulterati le ha eseguite male, od esse sono correggibili o no.

Se sì, dovrà a sue spese correggerle; se no, io non posso essere obbligato a tenerle.

Ciò in quanto alla responsabilità del pittore secondo il diritto civile.

In quanto alla sua responsabilità secondo il diritto penale.

Accordo che per le leggi romane quel pittore adoperando colori adulterati potesse essere punito per crimine di stellionato.

Stellionato infatti per quelle leggi, per quanto dice anche il dizionario del Merlin a questa voce, dicevasi ogni specie di frode commessa nelle convenzioni, e quell' adulteramento di colori può qualificarsi una di quelle frodi.

Ma per le leggi francesi nel caso concreto non vi sarebbe stellionato.

Questo infatti pegli art. 2059 e 2136 del Codice Napoleone si commette da chi vende od ipoteca un immobile sapendo di non esserne proprietario, o da chi asserisce come liberi beni già ipotecati, o dichiara ipoteche minori di quelle che gli aggravano. Si commette dai mariti e tutori che avendo ommesso di fare eseguire sui loro beni le inscrizioni delle ipoteche legali delle mogli o dei minori hanno aderito o lasciato stabilire su quei beni privilegii od ipoteche senza dichiarare espressamente ch'erano soggetti a quelle ipoteche legali.

In ogni caso poi per quelle disposizioni di legge lo stellionato non fonda azione penale, ma viene punito coll' arresto personale in via civile.

Non trovo poi qualificato il caso del quale ora mi occupo, come crimine o delitto, nel Codice penale del Regno d' Italia.

E parmi non essere esso nemmeno truffa secondo il § 197 del vigente Codice penale austriaco.

Mancano cioè nel semplice uso di colori adulterati in una pittura gli estremi della truffa stabiliti da quel § cioè le ingannevoli o a dir meglio artifiziose (*listige*) insinuazioni od azioni con cui un altro venga indotto in errore per cui ne soffra danno, od il giovarsi con quella intenzione e nel modo suespresso dell'errore e della ignoranza altrui.

Aggiungo poi che se si volesse qualificare truffa l' uso fatto da un pittore in una pittura di colori adulterati, ed il dare egli così una cattiva opera, sarebbero per la stessa ragione truffe tutt' i lavori per conto altrui mal fatti da un artefice, locchè mi sembrerebbe dare troppa estensione a quella che la legge definisce come truffa.

(*k*) Intorno alla quistione se la pittura ceda alla muraglia, alla tavola, alla tela ecc. su cui fu eseguita, ovvero se queste cedano a quella distinguerei pel Codice Napoleone se quella opera sia stata fatta su un muro, cioè su un immobile, ovvero su tavola, tela ecc., cioè su cosa mobile.

Digitized by Google

CAPUT LXXII.

DE HORREO.

I. *Horreum in solario communi si quis habeat an ipsum frumento, vel aliis mercibus implere possit.* — II. *Horreum rebus onustum si multum ponderet, ita quod solarium sustinere nequeat, quid juris.* — III. *Horreum frumentarium novum ex tabulis ligneis mobile factum si quisquam in alterius solo posuerit, an ipsi solo cedat.* — IV. *Decimas nunquid rustici in horrea ad Ecclesias deferre debeant.*

I. *Si quis habet horreum in solario communi, an possit ipsum implere frumento, vel aliis mercibus? Et dicas quod sic, quia dicitur uti re communi ad usum destinatum* (1).

II. *Sed quid si nimium ponderat, ita quod solarium non possit sustinere? Dic quod non potest cogi ad sustinendum columnas, quae sustineant solarium* (2). *Et si non substituerit, vel etiam substituerit, et solarium non possit sustinere, vel cum paries communis debilitaretur, tunc posset cogi ad sublevandum pondus* (3): *volentes etiam aedificare juxta horrea publica, debent dimittere spatium 10 pedum liberis aeris* (4).

III. *Sed quid si aliquis horreum frumentarium novum ex tabulis ligneis mobile factum in solo alterius posuerit, an solo cedat? Dic quod non: et sic non officiei-*

(1) *L. si communes aedes, communi divid. et not. in d. l. Sabinus eod. titul. fagit l. arboribus § si navis, de usufruct.*

(2) *Argum. l. sicut, in princip. si serv. vend.*

CAPO LXXII.

DEL GRANAIO.

I. Qualora taluno abbia un granaio nel solajo comune, può forse empirlo di frumento o di altre merci? — II. Che sia di diritto, se il granaio, essendo carico di biade pesi molto, in guisa che il solajo non lo possa sostenere? — III. Se taluno avrà posto nell'altrui suolo un granaio mobile da frumento, costruito nuovamente di tavole di legno, s'accrescerà forse allo stesso suolo? — IV. I villani sono forse tenuti a portare le decime ne' granai delle Chiese?

I. Se taluno ha il granajo nel solajo comune, può forsè empirlo di frumento o d'altre merci? Rispondi che sì, perchè si dice usare della casa comune secondo l'uso destinato.

II. Ma e che sarà, se pesi troppo, così che il solajo non possa sostenerlo? Rispondi, che non può esser costretto a porre colonne per sostenerlo. E se non le avrà sottoposte, oppur anche se le avrà poste, e non pertanto il solajo non possa sostenere il peso, od il muro comune s' indebolisca, allora potrà essere costretto a togliere il pondo. Anche coloro, che vogliono fabbricare presso i pubblici granai, debbono lasciare interposto uno spazio di 10 piedi di aria libera (*a*).

III. Ma che di diritto, se alcuno avrà posto nell'altrui suolo un granajo mobile da frumento, costruito nuovamente con tavole di legno: cederà forse al suolo? Rispondi

(3) *Per l. cujus aedificium, de servitut. urban. praedior.*

(4) *Ut l. moeniana, C. de aedific. princip. et not gloss. in l. si cui eod. titul. de quo dic, ut dixi supra de moenianis.*

Digitized by Google

tur domino praedii (1): *secus si essent tabulae terrae affixae* (2).

IV. *Ultimo, nunquid rustici debeant in horrea deferre decimas* (*) *ad Ecclesias? Dic quod sic, ita ut a Clericis, vel eorum nunciis non sint colligendae in agris* (3).

(1) *Ut est text. in l. Titius horreum de acquirend. rer. dom. et vide l. granaria, in princ. de act. empt.*

(2) *L. si supra tuum de acquir. rer. dom. et d. l. granaria, et not. gloss. in d. l. Titius horreum.*

(3) *Per text, l. 6. quaest. 1. revertimini, et ibi hoc not. gloss. in vers. in horrea, vide not. per Specul. in tit. de decimis vers. ultimo quaero, et horreo, vide plene l. cum in plures, § locator horrei ff. locat. et in l. dominus horreorum, in princip. et in l. cum domini horreorum eod. tit.*

(*) *Decimas.* Decimae quando dari debent? Respond. ut dicitur *in cap. cum homines de dec.* quod statim fructibus collectis: et hoc quoad praediales: quoad personales debent solvi in fine anni: sed tu dic, secundum consuetudinem praescriptam sunt solvendae, et si perierunt, peribunt illi, qui est in mora, alia non, sed cui debentur.

che no, perchè in tal modo non si nuoce al padrone del fondo; ed altrimenti, qualora le tavole fossero piantate nel terreno (*b*).

IV. Finalmente i villani sono forse tenuti a portare le decime (*) ne' granai delle Chiese? Rispondi che sì, di guisa che i preti od i loro santesi non debbano raccoglierle ne' campi (*c*).

(*) *Decime.* Quando debbono essere consegnate le decime? Rispondi, come dice il cap. *Cum hom. de decim.*, che si devono dare subito dopo che i frutti furono raccolti. Ciò rispetto alle decime prediali, ma le personali devon essere prestate al fine dell'anno. Tu di' invece; devono pagarsi conformemente alla consuetudine prescritta, e se perissero, periranno per quello ch'è in mora; in caso diverso non a questo, ma a quello invece cui sono dovute.

ANNOTAZIONI AL CAPO LXXII.

(*a*) Empiere di granaglie o di altre merci un granaio a due o più comproprietarii, comune, e destinato a riceverle, mi sembra pel § 833 del Codice austriaco affare di ordinaria amministrazione.

E per l'art. 1859 n.° 2 del Codice Napoleone mi sembra un servirsi di quella cosa comune secondo la destinazione di essa fissata dall'uso.

Pel suddetto § dunque del Codice austriaco, mi sembra, che un comproprietario potrà riempiere quel granaio comune de' proprii grani o delle proprie merci quando abbia a favor suo la pluralità dei voti dei comproprietarii, ed in caso di parità di voti una decisione del giudice.

Mi sembra che lo stesso potrà fare anche secondo il suddetto articolo del Codice Napoleone, finchè gli altri comproprietarii non vogliano anch' essi servirsi secondo il loro diritto di quella cosa comune per riporvi una porzione dei loro grani o delle loro merci.

In questo ultimo caso, mi pare che eziandio pel Codice austriaco, quel comproprietario non potrà riempiere il granaio comune de' proprii grani o merci. Facendolo, mentre anche gli altri comproprietarii hanno diritto di servirsene per lo stesso uso e vogliono approfittare del loro diritto, farebbe cosa contraria a questo loro diritto.

Quando poi un comproprietario sia abilitato a riempiere il granaio comune de' proprii grani o merci, non può riempierlo in modo che il solaio non possa sostenerne il peso, o che le comuni muraglie ne vengano indebolite.

Allora dovrà riporne quella sola quantità che col peso non nuoccia al solaio e colla spinta ai muri.

Credo anch' io che invece non potrebbe essere obbligato a puntellare il solaio o a rafforzare i muri, ma a levare se l'avesse riposto il peso soverchio.

Ma se proponesse i puntelli od i rinforzi, ed avesse a favor suo maggioranza o parità di voti dei comproprietarii, allora parmi che dovrebbero applicarsi i §§ 834 ed 835 del

Digitized by Google

ornato le Autorità amministrative potrebbero prescrivere, tra un fabbricato e l'altro, quelle distanze.

Veggansi su questo proposito le disposizioni del Decreto italiano 9 gennaio 1807 sul pubblico ornato e del Decreto del Governo di Venezia 5 luglio 1824, n. 20721 sulla sicurezza, il comodo, la libertà e decenza del pubblico transito da me citati anche nell'annotazione *b* I, al Capo LIX. Veggasi eziandio il Decreto dell'aulica Cancelleria 8 giugno 1839, n. 13348 sulla moderazione nell'applicare le leggi sull'ornato, del quale ho parlato nell'annotazione *e* al Capo XXVII.

(*b*) Se ad alcuno potesse venir in mente di costruire sull'altrui suolo e non attaccato ad esso, un granaio mobile di legno, questo non cederebbe al suolo appunto perchè ad esso non congiunto.

Ma se venisse attaccato al suolo e fosse così cosa immobile, sarebbero a parer mio applicabili ad esso i §§ 418 e 419 del Codice austriaco e l'art. 555 del Codice Napoleone.

(*c*) Osserva il Nardi nel suo Diritto ecclesiastico § 555, che le decime appunto ecclesiastiche deggiono dal decimando essere portate al granaio degli aventi diritto di esigerle. Convengo però con lui che intorno a quell'obbligo per noi sia unica legge il possesso e la consuetudine cui conviene attenersi.

Digitized by Google

CAPUT LXXIII.

DE ARMATURA.

I. *Armatura machina dicitur illa, super qua operarii ad aedificandum stant.* — II. *Armaturam vicinus aedificans, an supra vicini solum ad murum ponere possit, ut laborantes valeant super illa armatura ad laborandum stare.* — III. *Armaturam in fundo vicini an ponere licitum sit.* — IV. *Armaturam si quis in suo muro habeat, et eam in vicini muro ponere velit, ita quod in ea requiescat, quid juris.* — V. *Armatura regulariter in solo alterius poni nequit.* — VI. *Armatura si male ligata fuerit, vel in ea pertica vel funes positae fuerint, quae vetustae erant, propter quod unus de armatura cecidit, an magister de armatura teneatur.*

I. *Armatura machina dicitur illa, super qua operaii stant ad aedificandum* (1), *de ea ita vidi dubitari.*

II. *Nunquid vicinus aedificans domum possit armaturam ponere ad murum supra solum vicini, ut laborantes valeant super illa armatura stare ad laborandum? Et videtur quod non* (2), *et istud puto verius, quando aliter commode fieri non potest. Nam si est licitum mihi murum meum altius tollere* (3), *intelligitur quod possim ea facere per quae possit ipsum altius tollere, vel reficere, etiam apponendo ad ea loca quae non serviant* (4).

III. *Sed nunquid sit licitum ponere armaturam in fundo vicini? videtur esse*

CAPO LXXIII.

DELL' ARMATURA.

I. Armatura si chiama quell' ingegno sopra il quale stanno gli operai per fabbricare. — II. Il vicino che fabbrica può forse porre l'armatura al muro sopra il suolo dell'altro vicino, affinchè gli operai possano starsi a lavorare su quella? — III. Se sia lecito por l' armatura nel fondo del vicino. — IV. Che di diritto, se taluno abbia un' armatura nel proprio muro, e la voglia porre sul muro del vicino, così che in esso si posi? — V. Di regola l' armatura non si può mettere nel suolo altrui. — VI. È forse tenuto il maestro per l' armatura, se questa fu mal legata o se furono poste in essa legni o corde vecchie, donde avvenne che uno cadde da quella?

I. *Armatura* si dice quell' ingegno sopra il quale stanno gli operai a fabbricare; e sopra essa io vidi sorgere i dubbi seguenti.

II. Il vicino, che fabbrica una casa, può forse porre l' armatura al muro sopra il suolo del vicino, affinchè gli operai possano stare sopra quella a lavorare? Sembra che nol possa, argomentando da alcuni testi; ma in virtù d' altri sembra l' opposto, e questo io stimo più vero, quando altrimenti non si possa fare con comodità. Imperocchè, se mi è lecito innalzare maggiormente il mio muro, si sottintende ch' io possa far quelle cose per le quali mi sia dato ergerlo più in alto o restaurarlo, anche attaccando armature a que' luoghi, che non sono obbligati a servitù.

III. Ma è forse lecito por l'armatura nel fondo del vicino? Sembra esservi un testo

Digitized by Google

text. ad literam quod non (1), *pro hoc, quia non licet in alienum immittere* (2), *puto quod si aliter non possit quis domum suam reficere, nisi ponat armaturam in fundo vicini, tunc possit* (3): *sed si aliter possit, secus esset. Ita intelligitur* d. § aedificare, *et alia jura superius ad hoc allegata: quod est not. quia quotidianum.*

IV. *Quid autem, si quis habeat armaturam in suo muro, et eam vellet ponere in muro vicini, ita quod non in eo requiescat? Dic quod non potest* (4).

V. *Et ex his omnibus conclude, quod armaturam quis non potest in solo vicini, neque in pariete vicini, neque supra solum alterius regulariter apponere, nisi aliter in suo aedificare non potest.*

VI. *Sed pone, quod armatura fuit male ligata, vel in eo fuerunt positae perticae vel funes, quae erant vetustae, propter quod unus ex armatura cecidit: an magister de armatura teneatur? Dic quod sic* (5).

(1) *In d. l. 1. § aedificare, versicul. caeterum, de mur. inferend.*

(2) *L. sicuti, § Aristo, si servitus vindicatur, l. quemadmod. § 1. ad l. Aquil.*

(3) *Per d. l. refectionis, et d. l. veteres.*

(4) *Ut est text. in d. l. si duo, § vicinus, uti possidetis.*

che lo vieta letteralmente, per ciò che non è permesso immettere nell' altrui. Io penso però, che se taluno non possa altrimenti restaurare la sua casa se non ponendo l'armatura nel fondo del vicino, in tal caso la possa porre; ma se potesse tralasciare di porla, il debba fare. Così io intendo il § *aedificare* della legge 1. *ff. de mur. infer.*, e gli altri testi soprallegati; e questo caso dee notarsi perchè quotidiano (*a*).

IV. Che è poi di diritto, se taluno avesse l'armatura nel suo muro, e volesse porla nel muro del vicino così, che in esso poggiasse? Rispondi che non può metterla (*b*).

V. E da tutte queste cose conchiudi, che di regola nessuno può porre l'armatura nel suolo o nel muro del vicino, nè sopra il suolo altrui, se non allorquando non possa fabbricare nel suo senza far ciò.

VI. Ma poni, che l' armatura sia stata mal legata o che sieno stati adoperati in essa legni o corde vecchie, e che perciò ne sia seguita la caduta di un operajo; il maestro sarà forse tenuto per l' armatura? Rispondi che sì (*c*).

(5) *Ut est text. et ibi gloss. not. in d. l. si ut certo, § interdum, ff. commod. et praedictis adde quae dixi supra de servit. tigni immittendi, in 5. quaest. circa medium, vers. et ideo si tibi concessi, etc.*

ANNOTAZIONI AL CAPO LXXIII.

(*a*) Come ho detto nell'annotazione 5 al Capo XLV, il fondo sottoposto al suolo è del padrone di questo.

Lo è pure lo spazio o raggio d' aria a quel suolo sovrapposto tanto pel § 297 del Codice austriaco, quanto per l'art. 552 del Codice Napoleone.

Ciò essendo parmi non poter io piantare od innalzare armatura nel suolo o sopra il suolo altrui onde fabbricare la mia casa, senza averne acquistato diritto in confronto al proprietario di esso, od almeno senza averne ottenuto il suo permesso.

Stando al rigore del diritto ciò dovrebbe aver luogo anche quando senza piantare quell' armatura non mi fosse possibile edificare la mia casa.

Pei riguardi che aver deggiono fra essi gli uomini viventi in istato di società ciò può essere duro.

Ma come potrebbe d' altronde sostenersi che io possa arbitrariamente colla mia armatura invadere quell' altrui proprietà?

(*b*) E non potendo io invadere arbitrariamente l' altrui proprietà non posso nemmeno, senza averne acquistato diritto, od almeno senza averne ottenuto permesso dal proprietario del muro vicino, appoggiare a questo l' armatura del mio muro.

(*c*) Se un' armatura per difetto di costruzione cade o sconnettesi, e ne nasce qualche danno, n' è responsabile il maestro che l' ha fatta costruire a senso del § 1299 del Codice austriaco e per l' art. 1797 del Codice Napoleone.

Digitized by Google

CAPUT LXXIV.

DE STABULO.

I. *Stabulum dicitur locus qui tantum equos recipit, et quid de communi usu loquendi.* — II. *Stabulum domus an usufructuarius locare possit pro stabulo ad recipiendum jumenta.* — III. *Domus locator, an nedum ipsam domum, sed etiam stabulum reficere teneatur.*

I. *Stabulum dicitur ille locus, qui tantum equos recipit* (1), *quae ponit, quid sit taberna, caupona, stabulum. Nam haud dicitur proprie stabulum locus, in quo recipiuntur alia animalia:* ut l. ex conducto, in princip. ibi, *vel stabulum, vel ubi greges ejus stare oportet*; ff. loc. *De communi tamen usu loquendi etiam dicitur stabulum, in quo non tantum equi, sed alia animalia, ut boves, et pecudes, stare consueverunt* (2), *et sic stabulum est praedium urbanum vel rusticum* (3).

II. *An autem usufructuarius possit stabulum domus locare pro stabulo ad recipiendum jumenta? Dic quod non*; l. si usus fruct., *alias, aequissimum de usufruct. per quem text. dicit Flor. quod inquilini non possunt domum conductam reducere ad stabulum, vel ad usum carectarum, id est, plaustrorum.*

III. [illegible]

CAPO LXXIV.

DELLA STALLA.

I. Si dice stalla quel luogo che accoglie i cavalli soltanto, e che s'intenda per istalla nel comune uso di parlare. — II. Se l'usufruttuario possa locare la stalla della casa per istalla ad uso di giumenti? — III. Se il locatore di una casa sia tenuto a restaurare, non solamente la stessa casa, ma eziandio la stalla?

I. *Stalla* si dice quel luogo, che accoglie i soli cavalli, secondo la glossa, la quale spiega che cosa sieno l'osteria, la bettola e la stalla. Imperocchè non si chiama propriamente stalla quel luogo nel quale si mettono gli altri animali, come dice la legge *ex conducto in princ. ff. de loc.* Nel comune uso di parlare poi si dice stalla quel luogo nel quale sogliono stare non solo i cavalli, ma eziandio altri animali, come buoi e pecore; ed in tal senso la stalla può essere fondo urbano o rustico (*a*).

II. L'usufruttuario poi può forse locare la stalla della casa per istalla da giumenti? Rispondi che nol può per la legge *si usus f. ff. de usufr.*, in forza del qual testo dice Floriano, che gl' inquilini non possono ridurre a stalla la casa condotta, nè ad uso di rimessa, ponendovi carri o carrette (*b*).

III. Ma il locatore della casa è forse

Digitized by Google

ter (1). *De lastamine autem quod procedit de stabulo,* vide quae dicam infra de sterquilinio. *Ultimo adde eo, quae habentur* in toto tit. ff. (2).

regola è obbligato (*c*). Circa poi il letame che si ritrae dalla stalla, vedi ciò che dirò appresso sul letamajo. Finalmente aggiungi tutto ciò che si trova ne' titoli relativi del Digesto.

(1) *Ut est text. in l. ex conducto, in princ. ff. locat. et vide etiam in l. merces, § conductor eod. tit. et quod in eis not.*

(2) *Nau. caupo stabul. et in tit. furti adversus nautas.*

ANNOTAZIONI AL CAPO LXXIV.

(*a*) Chiamasi stalla presso noi quella stanza a terreno dove si tengono cavalli, muli, buoi, non solo, ma altri animali eziandio inservienti alla rurale economia.

La stalla da cavalli da sella o da carrozza dicesi anche *scuderia.*

Nei rapporti delle servitù prediali la stalla pel § 474 del Codice austriaco, se serviente alla economia rurale, sarebbe fondo rustico; se destinata ad altro uso, sarebbe fondo urbano.

E per l' art. 687 del Codice Napoleone se destinata ad uso di terreni sarebbe fondo rustico, se ad uso di una fabbrica (edifizio) in città od in campagna, fondo urbano.

(*b*) L' usufruttuario pel § 509 del Codice austriaco gode senza limitazione, e per l' art. 578 del Codice Napoleone come ne godrebbe lo stesso proprietario, della cosa altrui, salva però la sostanza.

Gode dunque senza limitazione e come ne godrebbe lo stesso proprietario, salva la sostanza, della stalla altrui pertinente alla casa della quale ha l' usufrutto.

Se dunque nella costituzione dell' usufrutto, non gli è imposta la limitazione di non servirsi della stalla da cavalli da sella o da carrozza della casa, per bestie da soma, e se servendosene in questo ultimo modo non ne tocca la sostanza, non vedrei perchè l' usufruttuario non potesse locare quella stalla per questo ultimo uso secondo il Codice austriaco, dacchè il suo godimento è illimitato.

E se non gli è imposta la suddetta limitazione e se non pregiudica alla sostanza di quella stalla, non vedrei nemmeno pel Codice Napoleone perchè l' usufruttuario non potesse locarla pel suddetto ultimo uso se locarla potrebbe il di lei proprietario.

La casa poi è un edifizio ad uso di abitare.

Quando io dunque ho dato in locazione la mia casa, se il contratto non dispone diversamente, si ritiene che l' abbia locata ad uso soltanto di abitazione.

Dunque senza il mio assenso il conduttore non può ridurla ad uso diverso di stalla o di rimessa.

(*c*) In quanto alla obbligazione di ristaurare la stalla locata, veggansi i §§ 1097, 1098 del Codice austriaco e gli art. 1719, n. 2, 1720, 1724, 1754, 1755 del Codice Napoleone.

Digitized by Google

CAPUT LXXV.

DE INGRESSU SEU INTROITU.

I. *Ingressus seu introitus quid dicatur.* — II. *Solum quod relinquitur pro introitu, cujus esse debeat.* — III. *Expensa aliqua quando facta est in dubio, a quo facta intelligatur.* — IV. *Jurisdictio in dubio cuique civitati, usque ad medium flumen competit.* — V. *Ingressus alicujus loci publicus cujus esse praesumatur.* — VI. *Viae vicinales quae dicantur.* — VII. *In via vicinali an quis sine principis licentia aedificare possit.*

I. *Saepe contingit inter duas domos a latere vel posteriori earum parte solum relinqui unius pedis vel duorum vel plurium* (1): *quod solum ingressus sive introitus dicitur, circa quod dubitari vidi, cujus sit solum, de quo dicendum est. Aut per illud solum habetur aditus et exitus usque ad loca publica, et tunc aut illud solum est relictum ex collatione privatorum, et tunc dicitur via publica, et etiam vicinalis, si vicinis tantum servit, et non licet eam cuique occupare vel claudere* (2). *Aut illud solum est ex collatione vicinorum fundorum relictum* (3), *et dicitur tunc via privata, sicut locus rerum privatarum* (4).

II. *Sed est dubium cujus eorum esse debeat. Dic quod si constat quis reliquerit illud solum, ejus esse dicitur: si vero non*

CAPO LXXV.

DELL' INGRESSO OD ENTRATA.

I. Quale si dica ingresso od introito? — II. A chi debba spettare il terreno lasciato per l'introito? — III. Da chi s' intenda fatta qualche spesa quando vi è dubbio? — IV. Nel dubbio ad ogni città compete giurisdizione sino alla metà del fiume. — V. A chi si presuma appartenere l' ingresso pubblico di qualche luogo? — VI. Quali si dicano strade del vicinato o vicinali? — VII. Se alcuno possa fabbricare nella strada vicinale senza licenza del principe?

I. Spesso avviene che fra due case, ne' loro lati o nella parte posteriore di esse, sia lasciato uno spazio di terreno di uno o due o più piedi, il quale si chiama ingresso od entrata. Circa questo terreno vidi nascere il dubbio a chi desso appartenga; e devesi sciorre in questo modo. O per quel terreno si ha l' ingresso e l'uscita sino a' pubblici luoghi, ed allora, o quel suolo fu lasciato per collazione di privati, e si chiama strada pubblica, ed anche *vicinale*, se serve ai soli vicini; e non è lecito a chicchessia occuparla o chiuderla. O quel suolo è lasciato per collazione dei vicini fondi, ed allora si dice strada privata, siccome luogo di cose private (*a*).

II. Ma vi è dubbio a chi di essi appartenga? Rispondi, che se consta chi abbia lasciato quel suolo, di lui si dice essere; ma

Digitized by Google

cinum solum dereliquisse, qui possidet (1), *et pro hoc etiam allego quod not. Bart.* (2),

III. *Ubi dicit, quando aliqua expensa facta ab alio possessore* (*) (3). *Sed si nullus possideat, tunc si supra dictum solum vicini haberet stillicidium, dicendum est, quod tunc saltem quatenus protendit stillicidium unius, eatenus sit ejus solum inferius* (4). *Si autem nullus possidet, nec stillicidium habeat: tunc est inspiciendum, si sunt lapides in domo, seu muro ipsorum vicinorum protendentes se supra solum praedictum: sicut poni per nonnullos consueverunt causa ostendendi, quatenus durabit lapis infixus in una domo, eatenus judicabimus ipsius esse solum inferius* (5). *Si vero nihil de his constat, tunc in dubio judicatum est, quod sit utriusque pro dimidia, quia omnia quae sunt in confinio, in dubio sunt eorum, qui ab utraque parte possident* (6): *sicut dicimus de insula et alveo. qui sunt in medio duorum fundorum* (7): *sicut dicimus in fossa, quae est posita in medio duorum fundorum, quae est communis eorum* (8), et Bart. in suo tractat. Tyberiadis (9), *ubi ponit etiam idem de fossatis, et sicut dicitur etiam de flumine existente inter duo territoria.*

IV. *Nam in dubio jurisdictio competit cuique civitati usque ad medium flumen,* ut notat Barthol. in dicto tract. Tyberiadis (10). *Et ideo si dicti vicini non concordant in usu et possessione, dictum ingressum possunt per chordulam dividere, ita quod versus domum alterius similiter sit altera dimidia: juxta not.* per Bart. (11); *et dixi supra de curia sive curte, et hoc intellige quando patitur commodam divisionem. Si enim esset ita parvus ingressus, sive introitus. quod commode dividi non possit: tunc dicendum est, quod dicitur de vestibulo: ut remaneat communis* (12). *Praes-*

bia lasciato quel vicino che lo possede; ed in favore di questa opinione allego ciò che dice Bartolo circa il caso,

III. In cui qualche spesa sia stata fatta da un altro possessore. Ma se nessuno il posseda, allora, se sopra il detto suolo stanno gli stillicidii de' vicini, deve dirsi che almeno fino al punto cui arriva lo stillicidio di uno, il suolo sottoposto a questi appartenga. Se poi nessuno il posseda, nè vi sovrasti alcuno stillicidio, allora dee osservarsi se esistano pietre nella casa o nel muro dei detti vicini, le quali sportino sopra il suolo indicato, come costumarono taluni di porne, onde mostrare che fino al sito cui arriva la pietra infissa nella casa il suolo sottoposto si deve considerare appartenente al padrone della stessa casa. Se poi non consta di alcuna di queste cose, allora nel dubbio si giudicherà che sia d'ambedue i vicini per metà, perchè tutte quelle cose che sono in confine nel dubbio appartengono a queglino che possedono da entrambi le parti; nello stesso modo che fu detto circa l'isola e l'alveo che stanno in mezzo a due fondi, e circa la fossa, che è posta in mezzo a due fondi ed è comune ad ambidue, e come dice Bartolo nel suo trattato della *Tiberiade*, ove parla eziandio de' fossati, e come si dice ancora rispetto il fiume che corre fra due territorii.

IV. Imperocchè nel dubbio a ciascuna città compete giurisdizione sino alla metà del fiume, come nota lo stesso Bartolo in detto trattato. E però, se i predetti vicini non vanno d'accordo sull'uso e sul possesso, possono dividere il suindicato ingresso mediante una cordicella, così che verso ciascuna delle due case v'abbia un'eguale metà, giusta opinione di Bartolo, del che parlai prima nel capo della *corte e cortile*; e ciò intendi procedere quando il luogo consente una comoda divisione. Che se fosse tanto piccolo l'ingresso od introito, che non si potesse comodamente dividere, allora dee dirsi come rispetto al vestibolo, cioè che riman-

(1) *Aroum. in l. merito pro socio.*

(8) *Ut d. l. 2. § praeterea, et ibi per gloss.*

Digitized by Google

dicta autem intellige de ingressu ,sive introitu privato.

V. *De publico autem dubium non esset: quando non est privatorum. Et intellige esse publicum, etiam si servit tantum vicinis: et ducit ad domum vicinorum tantum, vel ad flumen publicum: dummodo non sit factum ex collatione fundorum privatorum* (1), *quod bene not. quia multi putant, quod hujusmodi ingressus qui non habent exitum in viam publicam, vel ad flumen publicum: sed ducunt solum ad domos privatorum, quae viae vicinales appellantur: sint privatorum vicinorum, ut possint per eos claudi, quod non est verum* (2).

VI. *Item etiam vicinales viae dicuntur, quia principaliter deserviunt vicinis, publicae tamen sunt* (3): *et ita alias indicavi: et aperire feci Veronae unam viam vicinalem clausam per vicinos quae habebat aditum ad flumen publ.*

VII. *Et de ista via vicinali dic, quod in ea quis non potest aedificare sine licentia principis vel civitatis* (4), *et si daretur licentia: intelligeretur sine damno alterius* (5).

(1) *L.* 2. § *vicinales, ne quid in loco publ.*
(2) *Per dictum* § *vicinales.*
(3) *Ut d. l.* § *viarum, nequid in loco publ.*
(4) *L.* 2. *in princ. nequid in loco publ.*

(*) *Ab illo poss.* An possessor praesumatur dominus, vide Cor. 1. *vol. cons.* 23. *et* 113. *et* 30. Et quis perdat possessionem ex negligentia, *vide in* 2. *volum. cons.* 56. et semel possidens hodie praesumitur possidere, *vide in* 3. *vol. cons.* 91. *et* 280. *et* 313. *et in* 4. *vol. cons.* 87. Et quo actu praesumitur possessio, vide Alex. 1. *vol. cons.* 43. *et in* 5. *vol. cons.* 29. *et cons.* 183. *in vers.* nec obstat, *in fin. col.*

ga comune. Le predette cose intendi riferirsi all' ingresso od introito privato.

V. Circa il pubblico poi non può sorger dubbio, quando non appartenga a' privati. Ed intendi esser pubblico, anche quando serve ai vicini soltanto, e conduce soltanto alle case de' vicini od al fiume pubblico, purchè non sia fatto per collazione di fondi privati; lo che ricorda, perchè molti stimano, che sì fatti ingressi, che non hanno sbocco nella pubblica strada o nel fiume pubblico, ma conducono soltanto alle case de' privati e si appellano strade *vicinali*, appartengano a' vicini privati in guisa che si possano chiudere; il che non è vero (*b*).

VI. Del pari si chiamano strade *vicinali* o del vicinato, perchè principalmente servono a' vicini, ma nondimèno sono pubbliche. Così altre volte giudicai e feci aprire in Verona una strada vicinale chiusa da' vicini, che dava accesso al fiume pubblico.

VII. E circa questa strada vicinale, di' che nessuno può in essa fabbricare senza licenza del principe o della città, e se la licenza vien concessa, s' intende concessa colla clausola: senza danno altrui (*c*).

(5) *Ut dixi supra de solo sive area, in* 6. *fallentia et adde quae dicam infr. sequent. lib. tit. de servitute viae.*

(*) *Da quel possessore.* Se il possessore si presuma padrone, vedi Corneo, *vol.* 1, *cons.* 23, 113 *e* 30. E chi perda il possesso per negligenza, vedi il *vol.* 2, *cons.* 56, e chi una volta possedette si presume possedere anche oggidì, *vol.* 3, *cons.* 91, 280 *e* 313, *vol.* 4, *cons.* 87. E per qual atto si presuma il possesso, vedi Alessandro *vol.* 1. *cons.* 43, *vol.* 5, *cons.* 99, 183 *nel verso* nec obstat, *in fine della col.*

ANNOTAZIONI AL CAPO LXXV.

(*a*) Quello spazio di terreno di pochi piedi, lasciato fra due case ai loro lati o nella parte posteriore di esse, che il nostro autore chiama *ingresso od entrata*, non può qualificarsi a parer mio strada nazionale o regia, veduta la definizione che di questa strada dà l' art. 4.° del vigente Decreto italiano sulle strade del 20 maggio 1806, n. 34.

Potrebb' essere strada comunale secondo l'art. 3.° di questo Decreto quando servisse principalmente a comodo del Comune.

Ma se aperto da uno o più possidenti, sul fondo di loro proprietà ed a particolare loro comodo, sarebbe per l'art. 2.° del suddetto Decreto strada privata, se anche gravato di pubblica servitù.

(*b*) La quistione, a chi spetti quello spazio fra due case che non è strada regia nè

Digitized by Google

parla, lo spazio suindicato dovrebb' essere fino a prova contraria considerato come appartenente alle case stesse fino alla linea alla quale giungono le pietre.

E ciò pel motivo, che non potendo sporgere le pietre di quelle case su raggio d'aria e sopra un suolo che non fosse proprietà delle case stesse, il fatto che vi sporgono proverebbe fino a contraria dimostrazione appartenere quel suolo alle case medesime.

Quando finalmente, giusta quello che ho detto nelle annotazioni *h*, *i* al Capo XL, quello spazio di terreno dovesse considerarsi comune alle due case fra le quali trovasi, i proprietarii di esse quando consenta comoda divisione, potranno dividerselo per metà come ho detto pel portico nell' annotazione *e* al Capo XLIV.

Non ammettendo quella comoda divisione, ed essendo indispensabile a quelle case dovrebbe rimanere tra esse comune.

Non essendo indispensabile, i proprietarii delle due case potrebbero venderlo, e dividersene il prezzo ricavatone.

Se quel loro spazio fosse una strada privata gravata di servitù verso il pubblico, non potrebbero disporne in nessun modo che turbasse quella servitù.

E se fosse strada comúnale non potrebbero disporne in nessun modo, perchè ad essi non apparterrebbe.

(*c*) Quello che qui dice il Cipolla ai n. VI e VII troverebbe meglio il suo posto nelle annotazioni al Capo della servitù *viae*.

Digitized by Google

CAPUT LXXVI.

DE HORTO.

I. *Praedium urbanum vel rusticum quando dicatur.* — II. *Hortus an domus appellatione contineatur.* — III. *Hortum an dare videatur qui domum dat.* — IV. *Hortus an veniat, si alicui contenta in domo legata fuerint.* — V. *Hortus cui cedat, si duo fratres domos diviserint, in quarum medio hortus fuerit.* — VI. *Domus habitationem si quispiam uni legaverit, cui etiam hortus continetur, ad ad quem per eam aditus habeatur, an legatarius ipsi heredi aditum praestare teneatur.* — VII. *Hortum ad pratum quis reducere potest.* — VIII. *Domum habens juxta vicini hortum ex illa domo, in haeredi illum hortum quidquam ponere non potest.* — IX. *In horto suo quilibet ad libitum aedificare potest dimisso tamen legitimo spatio.* — X. *Decimae an solvi debeant de his, quae in hortis nascuntur.*

I. *Hortus quando dicatur praedium urbanum, vel rusticum*, vide text. (1) *et in urbe hortorum latitudo* (2), et quod dixi supra in 4 divisione servitutis (3).

II. *Et an hortus contineatur appellatione domus? Dic, si est emptus unico pretio cum domo, vel est paratus, vel deputatus, ad usum domus, venit appellatione domus, alias regulariter secus, etiam si per domum ad eum habeatur aditus* (4).

III. *An ille qui dat domum, videatur dare hortum*; et vide cap. Rayn. et in prin. et ibi Ioan. An. et Can. extra, de test. vide Bald. in cons. suo quod incip. *Quid si quis legavit contenta in domo?*

(1) *In l. urbana praedia, de vers. sign. et l. 4. § pen. et ibi.*
(2) *Et ibi Flor. fin. regund.*
(3) *Vers. quid de horto.*
(4) *L. fin. in princ. et ibi hoc not. Bald., Angel. Flor. et Dd. de serv. urban. praed. et probatur in l. praediis, § penult. et ibi per Bart. et Nicol. de Neapol. de l. 3. facit l. testatrix, in princ. si serv. vend. et vide gloss. 3. 12. quaest. 4. religiosam, quae ponit.*

CAPO LXXVI.

DELL' ORTO.

I. Quando il fondo si dica urbano o rustico. — II. Se l'orto sia compreso nel nome di casa? — III. Se sembri dare l'orto chi dà la casa? — IV. Se, qualora ad alcuno sia legato ciò che si contiene nella casa, s'intenda legato anche l'orto? — V. Se due fratelli divisero le loro case, in mezzo alle quali sta l'orto, questo a chi spetta di essi? — VI. Se, qualora ad alcuno fu legata l'abitazione di una casa alla quale è congiunto un orto, ed a questo si va passando per essa, il legatario sia tenuto a dare l'accesso all'erede? — VII. Chiunque può ridurre a prato il suo orto. — VIII. Chi ha la casa presso l'orto del vicino non può da essa immettere in questo alcuna cosa. — IX. Ciascuno può fabbricare a piacimento nel proprio orto, purchè lasci interposto lo spazio legale. — X. Se si debbano pagar le decime per que' frutti od erbaggi che nascono negli orti.

I. Quando l'orto si dica essere fondo urbano o rustico vedi i testi relativi del Digesto, e ciò che dissi nella 4.a *divisione delle servitù* (a).

II. L'orto poi è compreso nel nome di casa? Rispondi: se fu comperato insieme alla casa con un solo prezzo, od è disposto o destinato all'uso della casa, cade nel nome di casa; in caso diverso non viene di regola compreso, ancorchè per andare ad esso convenga passare per la casa.

III. E quegli che dà la casa, sembra forse dare anche l'orto? Vedi il cap. Rain. e Giannandrea ed i Canonisti, e Baldo nel suo consiglio che comincia: Che sarà di diritto, se alcuno legò quelle cose che sono contenute nella casa?

Digitized by Google

IV. *Et dicitur hortus paratus ad usum domus, ubicunque hortus est causa delectationis* (1) *vel est pedissequus domus secundum Baldum* (2).

V. *Sed quid si duo fratres diviserunt domos, in medio est hortus, dic quod ille hortus cedit illi domui, pro qua testator utebatur illo horto: sed si non apparet, cedit illi domui, per quam habebat intrinsecum aditum ad illum hortum* (3). *Si haec non apparent cedit utrique domui, secundum Nicolaum de Neapol.* (4). *Et subdit, quod si consuetudo regni disponit, quod primogenitus habeat domum, intelligitur etiam quod habeat hortum.*

VI. *Si quis legat uni habitationem domus, cui continetur etiam hortus, ad quem per eam aditus habeatur, an legatarius teneatur praestare aditum haeredi per d. domum? Dic quod sic* (5). *Non potest quis domum diruere causa hortum faciendi* (6) *quod nota contra multos, qui dirunt domos, et faciunt viridaria.*

VII. *Sed bene potest quis hortum ad pratum reducere* (7) *nisi esset usufructuarius: quia non posset viridarium, in quo habet usumfruct. ad alium modum convertere* (8). *Posset constituere servitutem, ne faciam in muro meo fenestram, per quam possum te prospicere in horto tuo* (9).

VIII. *Item habens domum juxta hortum vicini, non potest ex illa domo quicquam ponere in illum hortum* (10).

IX. *Et ideo si habeo palatium juxta hortum tuum: licet habeam in pariete meo versus hortum tuum multas fenestras, et per mille annos tenuerim, tamen in horto tuo poteris aedificare dimisso legitimo spatio* (11): *et obscurare lumina mea in toto, vel in parte* (12).

X. *Nunquid de hortis, id est, de his quae nascuntur in hortis decimae solvi debeant? vide tex.* (13), *et adde, quod ille*

IV. E si dice, che l'orto è disposto all'uso della casa, dovunque è fatto per fine di diletto, od è pedissequo alla casa, secondo Baldo (*b*).

V. Ma che, se due fratelli divisero le loro case, e nel mezzo di esse stia l'orto? Di', che tal orto spetta a quella casa per la quale il testatore si serviva di esso; ma se ciò non apparisce, cede a quella casa per la quale si ha l'accesso interiore a quell'orto. E se ciò neppure apparisce, cede ad amendue le case, secondo Nicolò Spinelli da Napoli; il quale soggiunge, che se la consuetudine del regno dispone, che il primogenito abbia la casa, si sottintende che abbia anche l'orto (*c*).

VI. Se certuno lega ad un altro l'abitazione di una casa, alla quale è congiunto anche un orto, ed a questo s'abbia accesso per la casa, il legatario sarà forse tenuto a prestare l'accesso per detta casa all'erede? Rispondi che sì (*d*). Nessuno può distrugger la casa per fare un orto; lo che nota contro a' molti che spianano le case per fare giardini.

VII. Ma bensì può chiunque ridurre a prato il suo orto, qualora non sia usufruttuario, perchè questi non può convertire ad altro uso gli orti dei quali ha l'usufrutto. Potrebbe però costituire la servitù, ch' io non apra finestre nel mio muro onde non possa vederlo nel suo orto (*e*).

VIII. Così pure, chi ha la casa presso l'orto del vicino, non può da essa immettere checchessia in quello (*f*).

IX. E però, s'io ho un palazzo presso il tuo orto, sebbene nel mio muro che sovrasta al tuo orto abbia molte finestre, e le abbia ténute per mille anni, nondimeno potrai in esso fabbricare lasciando interposto lo spazio legittimo, ed oscurare le mie finestre o totalmente o parzialmente (*g*).

X. Si devono poi pagare le decime per que' frutti ed erbaggi che nascono negli orti? Vedi i testi di Gius Canonico, ed ag-

(1) *D. l. praediis § pen.*
(2) *In d. consil.*
(3) *D. l. praediis, § qui domum, de legat. 3.*
(4) *Qui ita not. in d. § qui domum.*
(5) *Ut est tenor in l. fin. [illegible] de servit.*

(8) *L. si cui § sed si aedium, de usufruct.*
(9) *Ut l. altius, C. de servit. et ibi hoc not. Bald. et dixi supra de fenestra.*
(10) *Ut l. 1. et ibi hoc not. Angel. de serv. urb. praed. et dixi supra de servit. praediorum, et supra*

Digitized by Google

qui est in hortis sive in continentibus aedificiis, dicitur esse praesens (1), *et de hortis vide text.* (2).

giungi, che quegli che sta negli orti, cioè negli edifici che li comprendono, si dice esser presente; e circa gli orti vedi i testi relativi (*h*).

(1) *Ut est text, cum gloss. in verbor. praesens, Inst. de satisd. § si vero aliquis, et habetur in l. praesens, cum sequent. de procur.* Appellans tamen non tenetur quaerere judicem a quo: *ut l. 1. § adeundi, quando appell. sit,* idem in hortis instructis, *vide l. legatum sub conditione, § 1. de ann. leg. l. quaesitum, § 1. de fund. instru.*

(2) *In l. si ta quis, § Seja cavit, de verbor. obbligat. et l. qui concubinam, § qui hortos, de leg. supra 3. et in Rain. in princ. extra de test. Et adde quae dixi de servitut. protegendi, in 5. quaest. supra de camino, ante vers. de quarto principali.*

ANNOTAZIONI AL CAPO LXXVI.

(*a*) L' orto secondo i Codici Napoleone ed austriaco è fondo rustico od urbano giusta quanto ho detto per la stalla nell' annotazione *a* al Capo LXXIV.

Non credo su ciò necessarie ulteriori osservazioni dopo quanto ho detto nell' altra annotazione *a* al Capo XI.

(*b*) Intorno alle quistioni II, III e IV di questo Capo, veggasi quanto ho detto per l' orto e pel giardino nelle annotazioni *b* al Capo VI e *d* al Capo XLIV.

(*c*) Due fratelli aveano due case fra essi comuni.

Frammezzo ad esse sta un orto pure ad essi comune.

Nella divisione di quelle case una toccò all' uno e l' altra all' altro fratello.

Non fu diviso l' orto, anzi la divisione, di esso neppure fa cenno.

Di chi sarà esso?

Od esso continuamente servì e fu annesso ad una sola di quelle case, ed allora essendone pertinenza, spetterà esclusivamente al di lei proprietario.

O continuamente servì e fu annesso ad ambedue quelle case ed allora essendo pertinenza di tutte e due, spetterà per metà ad un fratello e per metà all'altro divenuti proprietarii esclusivi uno dell' una e l' altro dell' altra casa, e se lo divideranno fra essi.

O continuamente non servì e non fu annesso nè all' una, nè all' altra di quelle case e non ne fu per conseguente pertinenza, ed allora non può parlarsi che spetti o ad una sola o ad ambedue le case stesse come pertinenza.

Ma essendo stato nullaostante comune ai due fratelli continuerà ad essere fra essi comune fino a che non se lo dividano o diversamente non ne dispongano.

L' orto poi che fosse pertinenza di una casa soggetta a sostituzione o fedecommesso seguirebbe il destino di quella casa.

(*d*) Con atto di ultima volontà fu lasciata ad un legatario la servitù od altrimenti il diritto di abitazione in una casa del disponente.

A me erede fu lasciata oltre alla proprietà di quella casa la proprietà piena di un orto al quale si accede per essa.

Il legatario dell' abitazione è tenuto a permettere che io acceda al mio orto per quella casa?

Se l' atto di ultima volontà mi ha lasciato anche quell'accesso, il legatario deve concedermelo.

Se non me lo ha lasciato, o l' accesso mi è indispensabile o no.

Se no, credo di non aver diritto di averlo, giacchè posso in altro modo procurarmelo.

Se sì, colla morte del disponente, il legatario ha diritto all' abitazione ed io erede ho diritto al mio orto.

I nostri diritti sono contemporanei.

Per quello che ho detto nell' annotazione *d*, n. 1, al Capo XXXVIII, nel caso dell' usufrutto, parmi che all' orto lasciato a me, sia stata lasciata la servitù attiva, ed alla

Digitized by Google

casa, l' abitazione nella quale fu lasciata al legatario, la servitù passiva del passaggio od accesso.

Così essendo io potrò domandare a quel legatario la servitù che mi spetta.

Veggasi poi in generale quello che a proposito della servitù del passaggio ho osservato nella suddetta annotazione *d*.

(*e*) In generale non vedrei perchè io non potessi demolire la mia casa per fare dell' area di essa un orto.

Come proprietario di essa ho pel § 362 del Codice austriaco diritto di distruggerla; dunque eziandio per farne un orto dell' area.

E per l' art. 544 del Codice Napoleone ho diritto di disporne nella maniera la più assoluta purchè non ne faccia uso vietato dalle leggi e dai regolamenti.

Dunque se leggi e regolamenti nol vietino posso anche demolirla per servirmene dell' area ad uso di orto.

Non potrei farlo per ambi i Codici nel caso raro, per non dire rarissimo, che l'Autorità amministrativa per pubblici riguardi di sicurezza o di ornato me lo vietasse.

E nemmeno quando altri per qualche fondamento speciale di diritto civile avesse acquistato facoltà d' impedirmelo.

Io poi proprietario di un orto posso ridurlo a prato per le stesse ragioni per le quali posso demolire la mia casa.

Ma se ne fossi soltanto usufruttuario parmi che senz' assenso del proprietario non potrei ridurvelo per quanto ho detto nell' annotazione *k* al Capo XXXIX.

(*f*) Se ho acquistato diritto od almeno se ho ottenuto permesso dal proprietario di un orto di riporre in esso robe mie, posso farlo.

In caso contrario no. Ho detto più volte non poter io arbitrariamente invadere l' altrui proprietà.

(*g*) Sulla questione se il mio vicino possa, innalzando sul fondo un muro, togliere la luce alle mie finestre, rimetto i lettori alle mie annotazioni *a* al Capo XXXIII.

(*h*) Credo che si debbano pagare le decime anche sui frutti e sugli erbaggi degli orti quando n' esista obbligo o in forza ad un titolo, o per possesso atto a fondare quell' obbligo.

Digitized by Google

CAPUT LXXVII.

DE COLUMBARIO.

I. Columbas capiens de alieno columbario, etiam in suo, furtum committi. — II. Fundi usumfructum, in quo columbarium sit, si quispiam habeat, quomodo et quando columbarum commodo uti possit. — III. Proprietates columbarum, quibus praedicatores aequiparantur: quaenam sint, remissive.

I. *Est prohibitum capere columbas de alieno columbario, etiam in suo: et capientes dicuntur committere furtum, et accusari possunt de furto* (1): *hoc tamen casu, quando quis capit columbas alienas in suo, potest poenitere: et non tenebitur, eas relaxando, ut not. Barthol.* (2), *nisi posuisset cyminum, vel aliud in sua, causa ducendi columbas alienas: quia tunc puto, quod non habeat locum poenitentia* (3). *Communiter tamen sunt statuta terrarum, quae provident circa hoc. Si aliqui sunt haeredes unius qui habebat columbarium, competit etiam eis judicium facere fam. erc. pro dividendis columbis* (4).

II. *Si quis habet usumfructum fundi, in quo sit columbarium, quomodo et quando uti possit commodo columbarum* (5). *Columbarum sicut pavonum fera natura*

CAPO LXXVII.

DELLA COLOMBAIA.

I. Chi toglie i colombi dall'altrui colombaia, anche posto nel suo, commette un furto. — II. Se alcuno abbia l'usufrutto di un fondo, nel quale esista un colombaio, in qual modo e quando potrà usare dell'utilità de'colombi? — III. Quali sieno le proprietà dei colombi, ai quali sono assomigliati i predicatori.

I. È proibito prendere i colombi nell'altrui colombaia, benchè sita nel proprio, e quelli che li prendono si dicono commettere un furto, e possono venire accusati di furto. Nondimeno in questo caso, cioè, quando taluno prende le altrui colombe nel proprio, il ladro può pentirsi, e se le rilascia, non sarà tenuto, come nota Bartolo; purchè non abbia posto il comino od altro cibo nel suo per lo scopo di richiamare le altrui colombe, perchè allora io credo che non vi sia luogo a penitenza. Però comunemente ogni terra ha il suo statuto, che a ciò provvede (*a*). Se taluni poi sono eredi di uno che aveva un colombaio, compete ad essi l'azione *familiae erciscundae* per dividere le colombe.

II. Se taluno ha l'usufrutto di un fondo, nel quale esiste un colombaio, in qual modo e quando possa usare del vantaggio dei colombi, raccoglilo da' testi (*b*). Fiera è la na-

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO LXXVII.

(*a*) Vi hanno colombi selvatici e domestici.

I primi vanno per naturale istinto vagando senza avere padrone.

I secondi hanno padrone e sono, per così dire, educati a ritornarsene a lui, malgrado il naturale loro istinto di vagare.

Seguendo il nostro autore, parlo soltanto dei secondi colombi che vanno annoverati fra gli animali mansuefatti.

Pel § 171 del vigente Codice penale commette un furto chi per proprio profitto sottrae una cosa mobile altrui al possesso di un altro senza il consenso di questo.

Ora domando:

Chi per proprio profitto toglie senza il consenso del proprietario dalla colombaia altrui dei colombi altrui, commette per quella legge un furto?

Mi pare di sì.

Infatti pel § 295 del Codice civile austriaco i pesci fino a che stanno nella peschiera, e gli animali selvatici fino a che stanno nei boschi sono cose immobili.

Ma levati i primi dalla peschiera, uccisi o presi i secondi dal bosco, diventano cose mobili.

Per la medesima ragione i colombi, levati dalla colombaia, uccisi o presi deggiono essere cose mobili; quindi suscettibili di furto.

Più ancora pel § 174 del suddetto Codice penale verificandosi gli estremi del § 171 havvi furto sopra pesci nelle peschiere, cioè levandoli da esse, e sopra il selvaggiume nei boschi circoncinti, cioè portandolo via da questi.

Per la stessa ragione vi dee essere sopra colombi portati via dalla colombaia.

Questo furto di colombi cesserebbe però di essere punibile verificandosi gli estremi del § 187 di quel Codice penale.

Se poi i colombi si sono tenuti lontani dalla colombaia e dal loro proprietario per 42 giorni, il § 384 del Codice civile austriaco dispone che nel fondo pubblico ognuno e nel fondo privato il proprietario del fondo stesso possa pigliarli e ritenerseli.

Verificandosi questi estremi, parmi che non vi sarebbe furto.

Ma vi sarebbe:

1.° quando in un fondo privato, un terzo che non fosse proprietario di questo fondo, li pigliasse e ritenesse per trarne profitto senz' assenso del loro padrone e prima e dopo dei suddetti 42 giorni:

2. quando qualunque nel fondo pubblico, ed il proprietario di un fondo privato in questo suo fondo li pigliassero e ritenessero per trarne profitto senza il consenso del loro proprietario prima di quei 42 giorni;

3.° quando e prima e dopo dei 42 giorni venissero per proprio profitto sottratti senza assenso del loro padrone attirandoli con odori che amano, o con altra esca, o prendendoli con reti ed altri artifizii.

Per l' art. 379 del Codice penale del cessato regno d' Italia chiunque ha sottratto fraudolentemente una cosa che non gli appartiene è colpevole di furto.

Dunque ne è colpevole chi fraudolentemente, anche attirandoli con odori o con altra esca ecc., come ho detto poco fa, sottrae dall'altrui colombaia colombi che non gli appartengono.

L'art. 364 però del Codice Napoleone stabilisce che i colombi che passano ad un'altra colombaia, quando non vi siano stati attratti con arte o con frode, cioè quando vi siano

Digitized by Google

Parmi che il contrario non debba dirsi secondo il Codice Napoleone.

3.° Per l' art. 524 di questo ultimo Codice sono pertinenze della colombaia, i colombi che il proprietario vi ha posto pel servizio di essa e per ritrarre da essa profitto (*exploitation*).

E se pei §§ 295 e 296 del Codice austriaco sono pertinenze, della peschiera i pesci fin che si trovano in essa, del bosco gli animali selvatici finchè non sono uccisi o presi da esso, e del fondo gli animali fino a che sono necessarii alla continuazione della ordinaria economica amministrazione di esso, parmi che debbano essere eziandio pertinenze della colombaia i colombi fino a che non ne vengono levati.

4.° Ritenuto come ho detto che la colombaia sia pertinenza del terreno o dell' edifizio sul quale o nel quale è collocata, l' usufruttuario di questi è anche usufruttuario di quella quando non ne sia escluso per titolo o per possesso atto in diritto ad escludervelo.

Ciò è fondato sul principio di diritto che l' accessorio segue il principale e che per conseguenza chi ha diritto alla cosa principale ha anche diritto, quando non sia diversamente disposto, alle pertinenze di essa.

Dunque l' usufruttuario di quel terreno od edifizio, come usufruttuario anche della suddetta colombaia, può secondo il § 509 del Codice austriaco e secondo l' art. 578 del Codice Napoleone godere di essa senza limitazione, e come ne godrebbe il suo proprietario, salva la sostanza.

5.° Ritenuto come pure ho detto che i colombi sieno pertinenze della colombaia, e che questa sia pertinenza del terreno o dell' edifizio ov' esiste, l' usufruttuario di questo terreno od edifizio quando lo sia anche della colombaia, ha l' usufrutto tanto dei colombi che il proprietario in essa avesse collocato quanto dei parti di essi, ove per titolo o per possesso, come ho osservato al n.° 4, non ne sia escluso.

Ha l' usufrutto dei primi perch' essi come accessorio seguono il principale ch' è la colombaia della quale è usufruttuario.

Solamente essendo essi cose fungibili, cioè che si distruggono e consumano, il suo usufrutto pel § 510 del Codice austriaco cade sul loro valore.

Cioè egli può disporne e consumarli, ma cessato l' usufrutto dee restituirne al proprietario il valore.

E per l' art. 587 del Codice Napoleone ha diritto di servirsene, ma coll'obbligo di restituirli in eguale quantità, qualità e valore, o di pagarne la loro stima al termine dell' usufrutto.

Ha l' usufrutto dei secondi che sono accessorio dei primi dei quali è usufruttuario.

Infatti pel § 511 del Codice austriaco ha diritto su tutta la rendita ordinaria e straordinaria ed i parti sono la rendita, il prodotto dei suddetti colombi.

E per l' art. 582 del Codice Napoleone ha diritto di godere dei frutti naturali, che può produrre la cosa di cui ha l' usufrutto.

Ora fra quei frutti naturali pel successivo art. 583 hannovi il reddito ed il parto degli animali e nel caso concreto di quei colombi.

Digitized by Google

CAPUT LXXVIII.

DE STERQUILINIO.

I. *Sterquilinium in domo habens, si faciat ipsum projicere juxta murum communem, vel alienum, an possit.* — II. *Stercoris acervum si quis in fundo, aut agro meo posuerit, an actione vi aut clam contra eum agere potero.* — III. *Urinam foetidam aut stercus si quispiam in solo publico vel privato projicere voluerit, propter quod malus odor et foetor vicinis exhalet, an possit.* — IV. *Sterquilinium an veniat, vendito vel legato fundo.*

I. *Quis habet sterquilinium in domo, facit projicere laetamen juxta murum communem, vel alienum, an possit? Dic aut tangit murum communem vel alienum, et non potest* (1). *Aut non tangit, sed est juxta: et tunc si assiduum humorem facit usque ad murum praedictum, non potest* (2), *secus si aliquando, et non assidue ibi, et ita intelligo gloss.* (3).

II. *Si quis posuerit acervum stercoris in fundo meo aut agro, an possim agere contra eum, quod vi aut clam,* vide l. si alius § si quis acervum, quod vi aut clam. *Item si quis stercus per fundum meum protulerit, cum id ipsum facere vetuissem: si nil damni mihi fecit, nec speciem fundi mei mutaverit, non tenebitur* (4).

III. *Quidam vult projicere stercus, aut urinam foetidam in solo publico vel privato*

CAPO LXXVIII.

DEL LETAMAIO.

I. Se chi ha un letamaio in casa, possa far gittare il letame presso il muro comune od altrui? — II. Se alcuno avrà posto nel mio fondo o campo un mucchio di letame, potrò agire contro di lui coll'interdetto *Quod vi aut clam?* — III. Se taluno vuol gettare orina fetente o sterco nel suolo pubblico o privato, per cui ne venga cattivo odore o fetore ai vicini, lo può forse? — IV. Nella vendita o nel legato del fondo si comprende il letamaio?

I. Certuno ha il letamaio nella sua casa, e fa gittare il letame presso il muro comune od altrui; lo può egli forse? Rispondi: o tocca il muro comune od altrui, e non può; o non lo tocca, ma vi è dappresso, ed allora se il letame tramanda continua umidità fin al muro suddetto, non può gittarlo; se invece non la produce continuamente, ma qualche volta, lo potrà gettare, ed in questo modo io intendo la glossa in proposito (*a*).

II. Se taluno avrà deposto un mucchio di sterco nel mio fondo o podere, potrò io agire contro di lui coll' interdetto *quod vi aut clam*? Vedi la legge *si alius* § *si quis acervum ff. quod vi aut clam.* Così pure, se taluno avrà disteso lo sterco sul mio fondo, mentre io gli aveva proibito di ciò fare, non sarà tenuto, qualora niun danno mi abbia arrecato, ned abbia mutata la faccia del fondo (*b*).

III. Certuno vuol gittare sterco ed orina fetente nel pubblico suolo, ognun anche

Digitized by Google

privato propter quod malus odor et foetor fit vicinis, an possit? Dic quod non (1).

IV. *Nunquid vendito vel legato fundo sterquilinium veniat? Dic quod sic, fit tamen distinctio: aut stercorandi agri causa paratum est, et ad emptorem, et legatarium pertinet: aut vendendi causa et ad venditorem vel ad haeredem spectat, nisi aliud actum sit: et hoc sive sterquilinium in stabulo sit, sive extra stabulum in acervo* (2).

nel privato, per cui deriva cattivo odore e puzza a' vicini; lo potrà forse? Rispondi che no (*c*).

IV. Ma nella vendita o nel legato del fondo si comprende forse il letamaio? Rispondi che sì; conviene però distinguere. Od è preparato al fine di concimare il campo, ed appartiene al compratore o legatario; od è fatto allo scopo di vendere il letame, ed allora spetta al venditore od all'erede, qualora altrimenti non sia stato convenuto; lo che procede, sia che il letame esista nella stalla, sia che si trovi ammucchiato fuor di essa (*d*).

(1) *L. aediles in fin. ff. de via publ. et est text. cum gloss. in l. 2. § idem ait si odore, ne quid in loco publico, et in l. penult. quod vi aut clam, et adde quae dixi supra de cloacis, vers. et praedicta teneo in quaest. 5. et supra de necessario, in fin.*

(2) *Ut text. in l. fundi § 1. de act. empt.*

ANNOTAZIONI AL CAPO LXXVIII.

(*a*) Nessuno può gittare il proprio letame in modo che tocchi il muro altrui o comune senza averne acquistato diritto in confronto al proprietario o comproprietario di quel muro, od almeno senza averne da essi ottenuto permesso.

Non ha diritto di farlo toccare quel muro, perchè, come ho detto più volte, non può arbitrariamente invadere la cosa altrui o comune.

E se così non può farlo toccare dee necessariamente tenere il proprio letame a qualche distanza da esso.

Quale sarà poi questa distanza?

Pel Codice Napoleone, quella ch'è stabilita dall'art. 674 pei casi analoghi della stalla e dell'ammasso di materie corrosive, vale a dire, quella prescritta dai Regolamenti ed usi particolari intorno a tale oggetto esistenti, e quando non esistessero, quella determinata da periti come altrove ho detto.

E pel Codice austriaco, quella della quale ho parlato nell'annotazione *e* al Capo XLV della sotterranea cantina.

Parmi anche, che oltre a quella distanza debbano essere fatte dal padrone del letame le opere necessarie perchè non giunga a toccare e danneggiare il suddetto muro altrui o comune.

Di queste opere parla espressamente l'art. 674 del Codice Napoleone.

Non ne parla il Codice austriaco, ma non crederei che per esso il padrone del letame sostenere potesse validamente di non essere obbligato a farle.

(*b*) Se taluno contro il mio divieto o senza mia saputa od assenso ha deposto un mucchio d'immondezze, ovvero le ha portate o distese senza farne cumulo, sul mio fondo, parmi che per le leggi civili italiana ed austriaca potrò chiamarlo in giudizio, a restituire le cose nello stato primiero, vale a dire, a portar via dal mio fondo quelle immondezze ed anche ad indennizzarmi ove deponendole in mucchio, portandole o distendendole mi avesse recato qualche danno.

Quest'azione, parmi, che corrisponderebbe all'interdetto romano *quod vi aut clam*.

(*c*) In quanto alle immondezze causanti esalazioni insalubri, gettate su pubblica via od altro simile luogo pubblico, mi riferisco a quello che ho detto nell'annotazione *b* al Capo LXVIII.

Gittate poi immondezze insalubri su fondo di ragione privata non troverei che per la legge austriaca avesse luogo azione penale.

Bensì avrebbe luogo l'azione civile della quale ho parlato nella precedente annotazione *b*.

Digitized by Google

Gli art. 475, n. 8 e 476 del Codice penale del Regno d' Italia ammettono azione appunto penale contro chi ha gittato immondezze contro la casa, edifizii, o recinti altrui e nei giardini o luoghi chiusi.

Parmi che quest' azione penale non escluda anche la suddetta azione civile.

Gittate poi su luogo pubblico o su fondo privato immondezze che esponessero a pericolo la pubblica salute, parmi che anche l' autorità politico-amministrativa dovrebbe pei pubblici riguardi intervenire onde togliere quel pericolo, anche coi mezzi coattivi.

(*d*) Secondo l' art. 524 del Codice Napoleone sono pertinenze di un fondo le cose che il proprietario vi ha poste pel servigio e per la coltivazione di esso.

E pel § 294 del Codice austriaco sono pertinenze le cose destinate dal proprietario all' uso continuo della cosa principale.

Il letamajo quando sia stato posto pel servigio di una casa o per la coltivazione di un podere; quando sia stato destinato all' uso continuo dell'una o dell' altro, ne è pertinenza.

Come pertinenza segue la cosa principale.

Dunque, venduta o lasciata in legato la casa od il podere di mia pertinenza senza che sia stato parlato di quel letamajo, il medesimo è compreso nella vendita o nel legato.

Non vi sarebbe senza espressa o tacita disposizione compreso quando, come ho detto di sopra, non fosse pertinenza di quegl' immobili.

Digitized by Google

CAPUT LXXIX.

DE MACERIE.

I. *Maceriem juxta regionem vel fundum alterius si quis aedificare voluerit nullo spatio medio relicto potest, dummodo terminum suum non excedat.* — II. *Murus seu paries proprie cum calce dicitur.* — III. *Regula, quae dicit, quod aedificatum cedit solo, an in muro sine calce aedificato locum habeat.* — IV. *Lapides vel quid in curia vel domo mea si posueris, an ea absque alia denunciatione propria authoritate tollere, et ejicere valeam.* — V. *Lapides et tigna in fundo meo de voluntate mea, me precario concedente si posueris, an ea authoritate propria si inde ea non exportas, removere possim.* — VI. *Si tibi concessejm simpliciter, ut aliquid in meo apponeres, an videar ad meum beneplacitum concessisse, an vero animo donandi, et in meo servitutem constituendi.* — VII. *Viatorem si quispiam invitaverit, et postea eum poenituerit, an contra ipsum agi poterit.*

I. *Si quis vult maceriem aedificare juxta regionem, vel fundum* (*) *alterius, potest, nullo spatio in medio relicto, dummodo terminum suum non excedat* (1), *et maceries dicitur paries, sive murus de lapidibus sine caemento* (2), *et gloss. sentit* (3), *quae dicit, cum calce. et proprie juxta vulgare, dicitur murus siccus.*

II. *Murus vero sive paries proprie di-*

CAPO LXXIX.

DEL MURO A SECCO.

I. Se alcuno vuol fabbricare un muro a secco presso la regione o fondo altrui senza lasciare in mezzo alcuno spazio, lo può, purchè non oltrepassi il suo confine. — II. Si dice muro o parete quello ch'è legato con calce. — III. Se la regola, che dice che il fabbricato cede al suolo, abbia luogo nel muro fabbricato senza calce. — IV. Se qualora tu abbia deposte pietre od alcunchè altro nella mia corte o casa, io possa prenderle e gittarle fuori di mia autorità, senza premettere alcuna denuncia? — V. Se, qualora tu abbia poste travi nel mio fondo per mia volontà, avendotelo concesso precariamente, io possa rimuoverle di propria autorità sè tu non le asporti altrove? — VI. S'io ti avrò concesso semplicemente, che tu possa mettere qualche cosa nel mio, sembrerò averti ciò conceduto a mio beneplacito, oppure con animo di donare e costituire una servitù nel mio fondo? — VII. Se taluno avrà invitato un viaggiatore, e poscia se ne sarà pentito, potrà questi agire contro di lui?

I. Se taluno vuol fabbricare un muro a secco presso il confine od il fondo (*) altrui, il potrà fare, senza lasciare in mezzo alcuno spazio, purchè non oltrepassi il confine; e *muro a secco* si chiama quella parete o muro, ch'è costrutto con pietre senza cemento; nel che conviene anche la glossa, la quale dice *senza calce*, e propriamente in linguaggio volgare s'appella *muro a secco*.

II. Imperocchè *muro* o *parete* si chia-

Digitized by Google

III. *Sed nunquid illa regula, quae dicit quod aedificatum cedit solo* (1), *habeat locum in muro aedificato, etiam sine calce? Et videtur quod non, quia de facili removeri potest* (2). *Contrarium est verius* (3), *et ibi hoc not. Flor. et Paul. de Castr.* (4). *Item vendito fundo an videatur vendita maceries, id est, murus sine caemento, qui est in eo? Et dicas quod sic* (5), *ubi hoc not. Flor., si quis obligatus est non prohibere me aedificare sub poena* (**), *si in via detinet portantem lapides, vel calcem, vel similia, pro illo aedificio incurrit poenam* (6), *si is qui lapides ex fundo emit, tollere eos non vult, ex vendito cogi poterit, ut tollat eos* (7), *et si eos non auferret, facta sibi denunciatione, ut tollatur, dominus fundi ejicere potest* (8).

IV. *Quid si posuisti lapides, vel aliquid in curia, vel domo mea sine mea voluntate? Dic quod propria authoritate sine alia denunciatione possum tollere, et ejicere* (9).

V. *Sed quid si posuisti lapides et ligna tua in fundo meo de voluntate mea, me precario concedente* (10), *an possum ea removere propria authoritate, si tu ea inde non exportas? Teneo quod prius debeam te requirere, ut inde removeri facias: alias ego prius movendo teneor tibi ad interesse* (11), *et ita tenet Paul. de Castr.* (12).

VI. *Quid autem si simpliciter concessi, ut aliquid apponeres in meo? an videar concessisse precario, id est, ad meum beneplacitum: an vero animo donandi et constituendi servitutem in meo.* Et gloss. in d. l. si precario, in vers. precario, *videtur tenere; quod animo donandi, et servitutem constituendi: sed adverte quod illa gloss. loquitur, quando ego concessi tibi, ut aliquid faceres in tuo, in quo habeo servitutem: nam tunc odio servitutis, et*

III. Ma forse quella regola, che dice, che il fabbricato cede al suolo, ha luogo anche rispetto al muro costrutto senza calce? Sembra che no, perchè facilmente può esser levato. Ma l' opposta sentenza è più vera, lo che è avvertito da Floriano e da Paolo di Castro (*b*). Così pure, se fu venduto un fondo, sembrerà forse venduto il muro a secco, cioè a dire, il muro senza calce, che sta in esso? Rispondi che sì (*c*); e Floriano nota in proposito, che se alcuno si obbligò di non proibirmi il fabbricare sotto certa pena, e tiene nella strada gente che porta pietre, calce e simili cose per quella fabbrica, incorre nella pena (**) (*d*). Se quegli che comperò le pietre di un fondo, non vuol portarle via, potrà esser costretto ad asportarle coll' azione di vendita; e se non le asportasse, il padrone del fondo, fattagli prima denunzia affinchè sieno tolte, potrà gittarle fuori (*e*).

IV. E che sarà di diritto, se avrai poste pietre od altro nel mio cortile o nella mia casa senza mia volontà? Rispondi, che le potrò prendere e gittar fuori di mia propria autorità, senza premettere alcuna denuncia (*f*).

V. Ma, se hai deposte pietre e travi nel mio fondo con mio consenso, avendoti ciò concesso precariamente, potrò io rimuoverle di propria autorità, se tu poscia non le asporti? Credo, che prima io ti debba richiedere, che tu le faccia rimuovere; altrimenti, rimuovendole io senza richiederloti, sono tenuto verso te a risarcimento; così pure tiene Paolo Castrense (*g*).

VI. Che sarà poi, s' io t' ho concesso semplicemente, che ponessi qualche cosa nel mio? sembrerà forse ch'io te l'abbia concesso precariamente, cioè, a mio beneplacito, oppure con vero animo di donare e costituire una servitù? La glossa sulla legge *si precario ff. comm. praed.* sembra stimare, che io l' abbia concesso con animo di donare e costituire una servitù; ma avverti, che quella glossa parla del caso, in cui io ti concedetti che facessi qualche cosa nel tuo fondo

Digitized by Google

cedere animo servitutis remittendae: nos vero loquimur, quando in meo, quo casu dicit Angel. (1), *se putare, quod potius precario, quam animo donandi* (2). *Nec obstat, quod quando cessat alia causa, praesumitur animus donandi* (3). *Quia illud est verum secundum eum, quando quis promittit aliquid dare vel facere alteri, vel dat, aut facit, hic autem promittit in suo fieri: quia si praesumeretur animus et voluntas donandi, praesumeretur in partem odiosam: quia videretur servitus constituta, dicit Paul. de Castr.* (4). *Tamen sibi videtur in hoc esse distinguendum: aut promisi tibi facere tale quid, quod de sui natura non est perpetuum, sed temporale: aut promisi id tibi facere, quod de sui natura non est ad tempus, sed ut perpetuo sit. Primo casu, quando id concessi quod de sui natura non est perpetuum, sed temporale, puta quod ibi possis congregare arenam, vel calcem, aut tigna, vel lapides occupantes locum: et tunc procedat dictum Angel. et sic possim te compellere ad removendum, quando mihi placuerit* (5), *quia sufficit, si cui vel in paucis laboribus amici succurramus* (6). *Quod ego limito duobus modis. Primo, nisi esset facta concessio* (***) *ob aliquam causam: puta quia dixi, patiaris quod ego ponam lapides vel arenam, vel tigna in domo: quia in mea, quam aedificare volo, stare non possunt: nam tunc non possem cogi ad removendum, nisi secundum quod aedificavero domum* (7). *Secundo fallit, quando ego concedens precario, vellem sine causa removere cum damno illius, cui concesseram: quia tunc obstaret exceptio doli: quia precarium est beneficium, et beneficio juvari, non decipi nos oportet* (8), *et hoc tenet eleganter Ab. Sicu.* (9), *pro quo allegat id quod notat Joan. Andr.* (10), *ubi dicit:*

(1) *In d. l. si precario.*
(2) *Per l. cum de debito, de prob.*
(3) *L. si cum aurum, de solut. l. Campanus, de oper. lib. l. 2. § circa de doli except.*
(4) *In d. l. si precario.*
(5) *Argum. l. 1. de precario.*

lora, in odio alla servitù e pel favore di ricuperar la libertà, sembro concedere con animo di rimettere la servitù; mentre noi invece parliamo del caso, in cui ho concesso che tu facessi qualche cosa nel mio, nel qual caso dice Angelo, ch' ei stima esser avvenuta la concessione piuttosto precariamente, che con animo di donare. Nè osta la considerazione, che quando cessa l'altra causa, si presume la volontà di donare; avvegnachè questo è vero, secondo lui, allorchè alcuno promette ad un altro di dare o fare qualche cosa, o dà o fa qualche cosa; ma qui invece si concede, che sia fatta qualche cosa nel proprio. Ed in vero, se si presumessero l' animo e la volontà di donare, si presumerebbe una parte odiosa, perchè sembrerebbe costituita una servitù, come dice Paolo di Castro. A questo nondimeno sembra doversi distinguere. Od ho promesso di farti alcunchè, il quale per sua natura non è perpetuo, ma temporario; od ho promesso di farti ciò, che per sua natura non è temporario, ma perpetuo. Nel primo caso, quando ti concessi ciò che per sua natura non è perpetuo, ma temporario, per esempio, che tu possa in quel luogo determinato adunar sabbia, calce, o travi, o pietre in guisa da occuparlo; ed allora procederà ciò che dice Angelo, e potrò forzarti a rimuoverle quando mi piaccia; perchè basta che aiutiamo l'amico, sopportando leggieri disturbi. Lo che io limito in due modi: primamente, qualora la concessione (***) fosse stata fatta per qualche cagione, esempigrazia, perchè ho detto: soffri, ch'io ponga pietre o sabbia o travi nella tua casa, dacchè non possono stare nella mia, ch' io voglio fabbricare; avvegnachè allora non potrei esser costretto a torli via, se non dopo che avrò fabbricata la casa. In secondo luogo, quando io, che concedo a precario, volessi senza cagione rimuovere quelle cose con danno di colui cui aveva concesso di porle, perchè in tal caso osterebbe l' eccezione di dolo, essendochè il precario è un beneficio, e pel beneficio è d'uopo che noi sentiamo vantaggio, non già che restiamo ingannati. Ciò dice elegantemente l'Abate siciliano, e a sostegno di sua sentenza allega ciò che nota Giovanni Andrea, il quale dice:

(6) *L. tutori, C. de neg. gest.*
(7) *Arg. l. in commo. § sicut, ff. commo.*
(8) *Ut dicit text. in d. § sicut.*
(9) *In c. si, extra, de precario.*
(10) *In proemio Decreta.*

Digitized by Google

VII. *Quod si quis invitavit viatorem, et deviavit, et postea cùm poenituerit, potest agi contra eum* (1). *Secundo casu principali, quando concedo tibi tale quid, quod de sui natura non sit ad tempus, sed perpetuo sit: puta parietem in meo facere, vel immittere tignum factum in foramine, quo tectum sustentatur: et tunc intelligitur concessio facta animo donandi et constituendi servitutem: alias sequeretur damnum alterius, cui fit concessio, sit post sumptus factos cogi possit destruere, et sic concessio intelligitur facta secundum subjectam materiam* (2), *quod perpetuo tene menti* (3).

(1) *Facit quod habetur in l. si poenam de vet. oblig. et in l. pen. C. commo. quod nota pro limitatione tituli, de precario.*

(2) *L. si uno, in princ. ff. locat.*

(*) *Fundum.* Appellatione fundi, quid contineatur, vide Corn. 4. *vol., cons.* 235. *incip.* visa, *et cons.* 236. *incip.* diligenter, *et cons.* 23. *incip.* videtur, et an locus differat a fundo, *d. cons.* 23.

(**) *Sub poena.* Utrum sufficiat ad observantiam legis solvere poenam solum, quando prohibet sub poena? Respond. quod sic in foro contentioso (1) ubi patet, quod poena soluta, quae erit in compromisso, non potest peti, ut stetur sententiae, nisi addatur, ut soluta poena stetur arbitrio (2).

(***) *Concessio.* Concessum intelligitur de jure communi, quod non est prohibitum (3), quod prima jura loquuntur in constitutionibus affirmativis et non prohibitis Exemplum conceditur, quod contrahatur matrimonium: ergo semper et cuilibet. Exemplum in prohibitis: homicidium prohibetur, ergo semper, nisi ubi invenitur concessum.

(1) *Facit gloss. in c. dilect. de arb. et in auth de judicibus § quis vero.*

(2) *FF. de transact. l. penult. et C. eo. l. cum proponas.*

(3) *Arg.* 30. *quaest.* 4. *qui spiritualem,* 16. *quaest.* 1. *sunt nonnulli,* 5. *dist. l.* 1. *in fin. et l.* 28. § 2. *ff. ex quibus caus. ma. l. nec non,* § *quod eis ff. de procu. l. murus* § 1. *ff. de test. c.* 1. *cum ext. de translat. praelat. inter corporalia, ff. de colle. illicit. l.* 1. *solvit gloss. in d. c. inter corporalia.*

VII. Che se alcuno invitò un viaggiatore il quale per tale invito si tolse fuori di strada, e poscia l'invitante si pentì, si possa agire contra di lui. Nel secondo caso principale, cioè, quando io ti concedo qualche cosa, che per sua natura non sia temporaria, ma perpetua, per esempio, di alzare un muro nel mio, o d' immettere una trave preparata nel buco, per la quale il tetto sia sostenuto; ed allora la concessione si considera fatta con animo di donare e costituire una servitù. Altrimenti, ne seguirebbe un danno all'altro, cui la concessione fu fatta, se dopo le spese impiegate potesse venir costretto a distruggere; e per tal guisa la concessione s' intende fatta conformemente all' oggetto cui si riferisce; lo che ricorda perpetuamente (*h*).

(8) *Et adde quae dixi supra de servitut. tigni immittendi, et de tigno injuncto, et de aqua projectu.*

(*) *Fondo.* Che si comprenda nel nome di fondo, vedi Corneo, *vol.* 4, *cons.* 235, *che comincia* visa, *e cons.* 236, *che principia* diligenter, *e cons.* 23, *che comincia* videtur, e così pure, se il luogo differisca dal fondo, *d. cons.* 23.

(**) *Sotto pena.* Basta forse per l' osservanza della legge il pagare la pena soltanto, quando essa proibisce sotto una pena? Rispondi che sì nel foro contenzioso; donde resulta chiaro, che, pagata la pena, la quale era in compromesso, non si può chiedere che si debba osservar la sentenza, se non si aggiunga che, pagata la pena, si debba stare all'arbitrio.

(***) *Concessione.* Pel diritto comune e' intende concesso ciò, che non è proibito. Quest' è provato da parecchi testi sotto allegati, dei quali i primi parlano delle concessioni affermative e non delle proibitive. Esempio: è concesso il contrar matrimonio, dunque sempre ed a chiunque. Esempio delle proibitive: è proibito l' omicidio; dunque sempre, qualora non si trovi permesso in qualche paese.

ANNOTAZIONI AL CAPO LXXIX.

(*a*) In aggiunta a quanto ho detto nell' annotazione *a* al Capo XL riporto la definizione del muro, della parete e del muro *a secco* data dal Carena nel suo Vocabolario domestico, Capo II, § 2.°, e nel suo Vocabolario metodico di arti e mestieri art. XXIII alle relative voci.

« Muro è una costruttura di sassi o di mattoni commessi gli uni sopra gli altri a » falde ordinate e collegati insieme con calcina od altro cemento.

» Parete è appellazione speciale che prende un muro in quanto esso cinge, rinchiude » e limita uno spazio come una casa, una stanza.

» Talora chiamasi parete anche una cosa che non sia muro propriamente detto, ma » che faccia l' ufficio di esso, come sarebbe un trammezzo di stuoia, un assito o simile.

Digitized by Google

» Muro *a secco* è quello costruito di soli materiali cotti o crudi acconciamente di-
» sposti ma non collegati con calcina od altro cemento. »

Come ho detto più volte il Codice austriaco non prescrive distanze per chi vuole edificare.

Dunque chi vuole edificare sul proprio fondo un muro propriamente detto od anche un muro *a secco* nel proprio confine presso al confine altrui, può farlo senza lasciare distanze.

Il Codice Napoleone, come pure ho detto più volte, non prescrive distanze se non per le costruzioni enumerate nel suo art. 674.

Quando dunque il muro propriamente detto od il muro *a secco* non sia parte di queste ultime costruzioni, può essere edificato, nel caso che ho supposto di sopra, senza obbligo di lasciare quelle distanze.

Quando dico, presso il confine altrui, intendo che costruendosi quei muri non venga toccato.

E quando dico che quei muri ponno essere edificati senza lasciare distanze, suppongo, che il proprietario del confine altrui non abbia per qualche speciale fondamento legale acquistato diritto d' impedirne la costruzione.

(*b*) I §§ 417-419 del Codice austriaco e gli art. 552-555 del Codice Napoleone che parlano del diritto di accessione in riguardo agli edifizii ed alle costruzioni, non distinguono fra edifizii e costruzioni con o senza calcina od altro cemento.

Non distinguono fra muri propriamente detti e muri a secco.

Dunque e agli uni ed agli altri sono applicabili.

(*c*) Il muro *a secco* posto su un fondo pel servigio di questo, destinato dal proprietario all' uso continuo del fondo stesso, ne è pertinenza per l' art. 524 del Codice Napoleone e pel § 294 del Codice austriaco.

Come pertinenza del fondo, venduto questo si considera venduto anche il muro *a secco* che sta in esso, quando non sia stato escluso dalla vendita.

Se poi per avventura non fosse pertinenza del fondo non sarebbe compreso nella vendita di questo senza espressa o tacita disposizione.

(*d*) Non abbisogna di spiegazioni il principio che se taluno sotto comminatoria di una penale si è obbligato a non proibirmi di fabbricare, egli incorre nella penale se frappone ostacoli a coloro che portano i materiali per quella mia fabbrica, perchè così m' impedisce, mi proibisce di darvi mano.

(*e*) Il venditore di una cosa è obbligato a consegnarla al compratore.

Questo è obbligato a pagarne il prezzo.

Per l' art. 1609 del Codice Napoleone il venditore dee consegnare al compratore la cosa venduta nel luogo ov' essa esisteva al tempo della vendita, quando non siasi pattuito diversamente.

Ora se io ho venduto a taluno le pietre del mio fondo, ed ho con lui pattuito di consegnargliele in luogo diverso da quello ov' esistevano al tempo della vendita, sono obbligato a trasportarle in quel luogo diverso per fargliene ivi la consegna.

Non potrò obbligarlo nè validamente chiamarlo in giudizio a trasportarsele egli in quel luogo diverso, quando volontariamente non volesse farlo.

Non potrò nè obbligarlo, nè chiamarlo in giudizio, nemmeno se pel precedente articolo 1608 le spese del trasporto dovessero stare a suo carico.

[illegible]

Digitized by Google

non può determinarsi dalla convenzione, nè dalla natura o dal fine dell' affare, le cose mobili si consegnano nel luogo in cui è stata fatta la promessa.

Qui avendo io venduto le pietre del mio fondo mi pare trattarsi di cosa mobile, certa e determinata.

Ora se colla convenzione ho pattuito di consegnargliele in luogo diverso dal mio fondo in cui si trovano, ovvero se dalla natura e dal fine del nostro contratto risulta che io in quel luogo diverso debba consegnargliele, dovrò trasportarle in quel luogo diverso e fargliene colà la consegna.

Non potrò obbligarlo, nè chiamarlo validamente in giudizio a trasportarsele egli, quando volontariamente non si adattasse a farlo.

Se poi colla convenzione ho pattuito di consegnargliele sul mio fondo in cui si trovano e non in altro luogo, e se dalla natura e dal fine dell' affare risulta che la consegna su quel fondo e non altrove debba da me essere eseguita, quando le ho consegnate sul mio fondo ho soddisfatto al dover mio, nè sono tenuto a fare di più.

Egli deve portarsele via da quel fondo e se vi si rifiuta, posso obbligarlo e chiamarlo validamente in giudizio a farlo.

Se finalmente, come ha preveduto il suddetto § 905, il luogo della consegna non può determinarsi, nè dalla convenzione, nè dalla natura o fine dell' affare, le pietre esistenti nel mio fondo e da me vendute deggiono per quel § essere da me consegnate nel luogo in cui è stata fatta la promessa o verbale o scritta dietro la quale ebbe luogo il contratto di compra-vendita.

Io non dirò per certo che in questo caso se, p. e., ho fatto la promessa nello studio di un notaio, io debba trasportare le pietre del mio fondo in quello studio per consegnarle al compratore.

Ciò non dirò perchè quello studio sarebbe, a mio modo di vedere, il *sito*, e non il *luogo* della promessa e perchè la irragionevolezza della cosa mi par troppo palmare.

Ma dirò bensì che se il mio fondo ove stanno le pietre che ho venduto sta in un angolo al confine della vasta nostra monarchia, e se io ho fatto la promessa in un altro angolo al confine opposto e più remoto di essa, io dovrò trasportare le pietre dal primo al secondo luogo per farne in questo ultimo la consegna.

E quando il contratto non mi liberi dalle spese del trasporto, dovrò sopportarle, perchè, a mio avviso, avendo l'obbligo di consegnare in questo ultimo luogo, le spese del trasporto stesso senza il quale non può aver luogo consegna star deggiono a mio carico.

Confesso che ciò non mi piace.

Dice il Winiwarter commentando il § 905 essere cosa la più naturale che il contratto venga eseguito dove fu fatto, quando non sia stato pattuito o non risulti chiaramente dalle circostanze diversamente.

A ciò può rispondersi che se il compratore avesse avuto veramente interesse di aver la consegna nel luogo del contratto non avrebbe ommesso di stipularlo, che non avendolo stipulato mostrò che il luogo della consegna gli era indifferente, e che allora dovendo essa aver luogo nel modo il meno gravoso pel venditore, è più naturale e forse anche più giusto e più equo che le cose mobili vengano consegnate nel luogo ove si trovavano al tempo della vendita.

Quindi mi piace di più la disposizione dell' art. 1609 del Codice Napoleone che la tradizione della cosa nella vendita debba farsi nel luogo ove quella esisteva al tempo del contratto, quando non siasi diversamente pattuito.

Checchè poi ne sia, quando a senso del § 905 del Codice austriaco la consegna delle

Digitized by Google

Deggio però prima avergliene fatto offerta reale, ossia effettiva, come nel caso di giudiziale deposito fu deciso dalle due sentenze conformi riportate a pagine 267 e seguenti dell' *Eco dei Tribunali*, Sezione II, anno 1852.

Ma per le leggi austriaca ed italiana non posso nel caso concreto gittarle via dal mio fondo, di mia privata autorità.

Quelle leggi per liberare il mio fondo dalle pietre altrui mi danno i mezzi legali della chiamata in giudizio, del deposito, della custodia.

Dandomi questi mezzi legali, escludono gli arbitrarii, che poi nemmeno espressamente mi concedono.

Ora il gittar via quelle pietre dal mio fondo non è uno di quei mezzi legali.

Dunque è un mezzo arbitrario al quale non posso appigliarmi senza espormi a responsabilità verso il compratore.

(*f*) Taluno senza mia volontà ha posto pietre ed altre robe nella casa o nel cortile di mia proprietà e sul mio eccitamento di asportarsele vi si rifiuta e vuole lasciarvele.

Potrò prenderle e gittarle fuori di mia propria autorità?

Potrò farlo così, per la regola alla quale sembra richiamarsi il Cipolla: *quae de facto fiunt, de facto tolluntur?*

Mi sembra che non potrò farlo, nè per la legge civile austriaca, nè per la italiana.

Prego i miei lettori a riandare col pensiero quanto ho scritto sul farsi giustizia da sè nell' annotazione *g* al Capo XXX e nell' annotazione *d* al Capo II sulle azioni possessorie e petitorie.

In quanto alla legge civile austriaca:

I §§ 19 e 344 del Codice austriaco mi vietano, sotto mia responsabilità, di farmi giustizia di mia propria autorità e di preterire quella del giudice, fuori del caso in cui potendo tardi ottenere il soccorso di questo, respingessi in via di necessaria difesa colla forza conveniente la forza altrui.

Vietandomi fuori di questo caso di farmi giustizia da me solo, e rimettendomi al giudice per ottenerla, io non posso nel caso concreto gittar fuori del mio fondo di mia propria autorità le pietre o robe che altri vi avesse deposto e che avvertito di asportare, ei vi volesse lasciare.

Rimettendomi la legge al giudice per far liberare da esse il mio fondo, mi ha dato anche i mezzi legali per ottenerlo.

Mi ha dato cioè, come ho detto nell'annotazione *d* al Capo II, i mezzi legali:

1.° dell' azione possessoria sommaria, entro i 30 giorni continui da quello della notizia del turbamento del mio possesso colla deposizione delle pietre od altre robe sul mio fondo, per farvele, da chi le ha deposte, asportare:

2.° dell' azione possessoria ordinaria, fino a che il mio diritto di far levare dal mio fondo quegli oggetti non sia prescritto, egualmente per farli asportare:

3.° dell' azione petitoria, per far valere la proprietà del mio fondo ed il conseguente diritto di farvi togliere gli oggetti suddetti.

Accordandomi questi mezzi legali onde ottenere che il mio fondo venga da quegli oggetti liberato, ha escluso i mezzi arbitrarii, che poi in nessun passo di esso il Codice austriaco mi ha espressamente accordato.

Ora il gettar via quelle pietre od altre robe dal mio fondo, di mia propria e privata autorità, non è uno di quei mezzi legali.

Dunque è un mezzo arbitrario che non posso usare senza espormi a responsabilità verso il padrone di quegli oggetti.

Dunque a parer mio pel Codice austriaco non vale la regola *quae de facto fiunt, de facto tolluntur.*

E perchè tutto ciò non dee potersi dire eziandio per le leggi civili italiane?

Digitized by Google

lasciarvele, non posso conseguirlo legittimamente per via di fatto e di mia privata autorità col prenderle e gittarle fuori, ma deggio ottenerlo mediante l' autorità di quei Tribunali.

Così mi è vietato di farmi giustizia da me solo e sono rimesso per ottenerla, ove il voglia, al giudice competente.

Venendo rimesso a questo giudice, mi vien dato dall' art. 2.° di quella teoria il mezzo legale di farlo, col promuovere la mia azione e col far valere in giudizio la domanda dello sgombramento del mio fondo da quegli oggetti.

L' art. 27 poi della teoria stessa mi dà il mezzo legale di promuovere quella mia azione e di far valere in giudizio quella mia domanda in via possessoria o petitoria:

1.° In via possessoria:

a) secondo l' art. 23 del Codice italiano della civile processura entro un anno dal giorno in cui io possessore da un anno almeno, pacifico a titolo non precario, o per me stesso o per altri aventi titolo da me del mio fondo, sono stato turbato nel possesso di esso coll' esservi state deposte quelle pietre od altre robe;

b) per l' effetto portato dall' art. 41 della suindicata teoria, di far cessare il turbamento del mio possesso, di ripristinare le cose nello stato in cui si trovavano prima di quel turbamento, cioè di far asportare gli oggetti deposti sul mio fondo, e d' indennizzarmi ove avessi sofferto danno per la loro deposizione.

2.° In via petitoria:

a) quando non ho promosso azione possessoria, dal dì in cui colla deposizione di quegli oggetti sul mio fondo è stato leso il mio diritto di proprietà su esso, e quando ho promosso quell' azione possessoria, colla quale per l' art. 25 del suddetto Codice di processura, non posso accumulare la petitoria, dal dì in cui è terminata la lite in possessorio; nell' uno e nell' altro caso poi fino a che quel mio diritto non sia prescritto;

b) per l' effetto portato dall' art. 27 della suddetta teoria di rivendicare il diritto immobiliare che mi spetta di aver libero il mio fondo dagli oggetti che vi furono deposti dimostrando contro chi gli ha posti quel mio diritto indipendentemente dal fatto del possesso.

Anche qui accordandomi la legge questi mezzi legali onde ottenere la liberazione del mio fondo da quegli oggetti ha escluso i mezzi arbitrarii che poi in nessun passo di essa, la legge italiana mi ha espressamente accordati.

E siccome il gittar via dal mio fondo di mia propria e privata autorità le pietre ed altre robe che altri vi ha deposto non è uno dei mezzi legali che come ho detto di sopra la legge italiana mi ha accordato, ne viene di conseguenza ch' è un mezzo arbitrario del quale non posso far uso senza espormi a responsabilità.

Dunque nemmeno per la legge italiana vale la regola *quae de facto fiunt, de facto tolluntur*.

Ma qui vien fatta una obbiezione.

Quando sul mio fondo sieno state deposte pietre od altre robe che quegli che ve le ha poste non vuole asportare e vi vuole lasciare, la legge italiana non mi accorda l' azione possessoria per farle portar via, se non quando io possegga quel fondo almeno da un anno pacificamente a titolo non precario o per me o per altri aventi da me titolo.

Se non concorrono a mio favore queste condizioni, io non posso liberare il mio fondo da quegli oggetti coll' azione possessoria che non mi è conceduta.

Non ho dunque mezzo legale per liberarnelo con quell' azione.

Ma malgrado a ciò deggio poter liberarlo.

Dunque posso liberarlo di mia propria e privata autorità.

La obbiezione è importante ma non mi sembra insuperabile.

Dal non accorrermi accordata in questo caso il mezzo legale dell' azione possessoria non

Digitized by Google

legale, e che invece è arbitrario qual è quello di gittar fuori gli oggetti dal mio fondo per mia propria e privata autorità.

Ma allora si dovrà sempre e poi sempre ricorrere ai Tribunali per respingere ogni via di fatto che offenda i nostri diritti?

Io dico di sì, quando la legge italiana, come ho osservato in principio, ha fissato la regola che chi vuole ottenere qualche cosa non possa ottenerla per via di fatto nè legittimamente in caso di rifiuto senza l' autorità dei Tribunali competenti; che dinnanzi a questi debba far valere la propria azione e presentare la propria domanda; quando ha stabilito i mezzi legali di far valere in giudizio quell' azione; quando per conseguenza ha escluso che si possa arbitrariamente farsi giustizia da sè.

Considerando finalmente di quante turbazioni dell' ordine pubblico sarebbe continua occasione la facoltà di farsi giustizia da sè, credo che sia più che sufficientemente giustificata la proibizione delle vie di fatto ossia della propria autorità fuori del caso della necessaria difesa quando fosse per giungere troppo tardi il soccorso dell' autorità pubblica.

(*g*) Quello che ho detto nella precedente annotazione circa al gittar fuori dal mio fondo di mia propria e privata autorità pietre od altre robe che taluno vi avesse posto senza la mia volontà, valer dee tanto più quando vi sieno state poste col mio consenso, sebbene precariamente.

(*h*) Rispondendo alla domanda fatta dal Cipolla ai n. VI e VII del presente Capo, rimetto prima di tutto i miei lettori alla differenza tra la servitù precaria ed il possesso precario da me notata a pagine 150 di questa opera.

Ciò fatto, osservo quanto appresso.

1.° Il possesso precario come ivi ho detto è quello che viene accordato dietro preghiera, per semplice favore, per benevolenza ecc., che sta in una semplice tolleranza, e che come tale può esser fatto ad ogni momento cessare.

Quindi se in questo modo e non altrimenti ho conceduto a taluno di fare o porre qualche cosa nel o sul mio fondo, havvi precario.

Sebbene io possa farlo ad ogni momento cessare, pure se la concessione fosse stata fatta per un fine determinato, pare anche a me che non potrei farla cessare prima che fosse stato raggiunto quel fine.

E mi pare anche, che se volessi farla cessare senza alcuna ragione e recando danno al concessionario, dovrei indennizzarlo.

2.° Se senza assumere obbligo reale di tollerarlo, ho conceduto a taluno diritto di fare o porre qualche cosa nel o sul mio fondo, havvi per mia parte, come ho detto nell' annotazione *a* al Capo VIII, semplice obbligazione personale.

3.° Se invece ho assunto obbligo reale di tollerare che taluno, o a vantaggio del proprio fondo, o a vantaggio della propria persona, faccia o ponga qualche cosa nel o sul mio fondo, e se per conseguenza in questo modo, gli ho accordato diritto di fare o di porre, nel primo caso havvi servitù prediale, nel secondo poi servitù personale od altrimenti diritto reale, secondo il Codice Napoleone.

Questa servitù prediale e questa servitù personale od altrimenti diritto reale, essere ponno oltrechè perpetue, anche soltanto temporanee come ho osservato nell' annotazione *b* al Capo XVII.

Quelle servitù ponno essere anche rivocabili, vale a dire precarie, senza perdere il carattere di servitù, come ho osservato a pagina 150 della presente opera.

Digitized by Google

CAPUT LXXX.

DE FOVEA.

I. *Foveam qui in suo facere velit, juxta tamen fundum alterius, quid observare debeat.* — II. *Foveam ursorum, luporum, aut cervorum capiendorum causa in via publica, aut in itineribus publicis, aut in sylva publica si quispiam fecerit, et bos, vel aliud animal in eam ceciderit, qua actione contra facientem agere potero.* — III. *Fossae an sub solo publico fieri possunt.*

I. *Qui vult foveam in suo juxta fundum alterius facere, quantum profundum est, aut tantum derelinquat,* l. fin. fini. regun. *quae habetur duobus modis in littera. Uno modo cum illa disjunctiva* Aut: *et ita communiter habetur, et est sensu, quod debet fodiens tantum spatium relinquere a fovea usque ad fundum vicini; quantum est profundum, id est, quantum extenditur fovea in latitudine super ejus summitate* (1): *cum ibi disjunctiva referatur ad fodientem, si major esset profunditas, quam latitudo, vel e contra, erit in electione fodientis, vel relinquere spatium profunditatis, vel latitudinis* (2). *Alio modo habetur littera* (3), *sine illa disjunctiva* Aut.: *et solum dicitur. Quantum profundum est, autem deretinquat, et hunc est sensus, quod fodiens debet indistincte relinquere tantum spatium, quantum est profunditas foveae, et intelligo illam text.*

CAPO LXXX.

DEL FOSSO.

I. Che cosa debba osservare colui che vuol fare un fosso nel proprio, ma presso il fondo altrui. — II. Se alcuno avrà scavata una fossa nella pubblica strada, o ne' pubblici passaggi, o ne' boschi pubblici per lo scopo di prender orsi, lupi, o cervi, ed un bue od altro animale vi sia caduto entro, con quale azione potrò io agire contro di lui? — III. Se si possano far cave sotto il suolo pubblico.

I. Chi vuole scavare un fosso nel proprio presso il fondo altrui, deve lasciare interposto tanto spazio quant' è la profondità del fosso in forza della legge finale *ff. finium regund.* della quale si hanno due lezioni diverse. In una si trova la preposizione disgiuntiva *aut* (*quantum profundum aut tantum derelinquat*) e questa è comunemente accettata, ed il senso è che lo scavatore debba lasciar tanto spazio dal fosso sino al fondo del vicino; *quantum profundum est*, cioè, quanto s' estende la fossa in larghezza sopra l' altezza di quello; e questo è sentimento della glossa, essendochè ivi la disgiuntiva *aut* si riferisca a chi scava, qualora la profondità fosse maggiore della larghezza; oppure al contrario sarà in arbitrio di chi scava, o di lasciare lo spazio della profondità, o quello della larghezza. L'altra lezione è quella, in cui non si trova la preposizione disgiuntiva *aut*, e

Digitized by Google

dixi supra de pariete sive muro, circa princ. (1), *fallit hoc, ubi fodis juxta parietem meum magis quam possis: quod non licet* (2), *et noluit dicere* (3), *sive fovea fiat juxta parietem rusticum. Item intelligas foveam proprie, quando habet istud nomen speciale foveae* (4), *vel quando siccandorum agr. causa facta est* (5), *vel quando est facta pro animalibus potandis, vel pannis lavandis, vel anseribus, vel anatibus in ea retinendis. Secus si fovea esset, quae transiret in aliud nomen speciale, sicut est puteus, quia passum tunc debet relinquere* (6). *Item si esset fovea, quae dicitur penus* (7), *in tantum, quod si vellet facere fossatam in communi dividendo agrum suum fundo vicino non teneretur derelinquere illud spatium: imo de consuetudine servatur, ut fiat in confinio fodientis, aut etiam in confini utriusque* (8), *et tunc in dubio esset communis* (9). *Licitum est etiam in suo fodere et avertere aquae venam, quae decurrebat ad fundum vicini, si hoc fiat, ut sibi proficiat, et non principaliter, ut vicino noceat* (10).

II. *Si quis fossam fecerit ursorum, vel luporum, aut cervorum capiendorum causa in via publica, aut in itineribus publicis, aut in sylva publica, et bos in eas inciderit: agere potero interdicto, quod in publico factum est* (11), *et etiam possum agere* (12), *nisi mihi prius denunciaverit, vel nisi scriverim* (13), *vel nisi esset facta fovea in locis, ubi fieri solet* (14), *et idem dicas in foveis quae fiunt causa collocandi frumento, prout sit in Marchia.*

III. *Sed an illae possunt fieri sub solo*

(1) *Et probatur per gloss. in l. fluminum, § praeterea in vers. furnarii, ibi.*
(2) *De damn. infect.*

fondità del fossato. Ed io intendo sì fatto testo del fosso procedere, sia che si scavi presso il vicino fondo urbano, per esempio, presso il muro del vicino, perchè, sebbene la detta legge finale sia posta nel titolo *finium regundorum*, nondimeno ha luogo pel fondo urbano, come ho già detto circa il *muro* (eccetto il caso in cui tu scava presso il mio muro più di quello che puoi, lo che non è permesso); sia che il fosso si scavi presso il fondo rustico. Così pure intendi parlarsi del fosso propriamente, cioè di quello che ha il nome speciale di fosso, o ch' è fatto per lo scopo di asciugare i campi, o per quello di abbeverare gli animali, o di lavare i panni, o di tener oche od anitre in esso. Diversamente, qualora fosse una fossa, che declinasse in altro nome speciale, per esempio di pozzo, perchè allora converrebbe lasciare interposto lo spazio di un passo. Parimente se fosse tal fossa che si appella cantina, in quanto che, se uno volesse fare un fossato nella casa comune, dividendo il proprio campo dal vicino fondo, non sarebbe obbligato a lasciar quello spazio; anzi per consuetudine s' osserva di farlo nel confine di chi scava, oppur anche in quello d' ambidue, ed allora nel dubbio sarebbe comune. È lecito eziandio scavare nel proprio e divertire la vena dell' acqua che discorreva al fondo del vicino, qualora ciò si faccia per un vantaggio proprio, non già principalmente per nuocere al vicino (*a*).

II. Se taluno scavò un fosso nella pubblica strada o ne' pubblici passaggi o in un bosco pubblico pel fine di prender orsi, lupi o cervi, ed un bue sia in esso caduto, io potrò agire coll' interdetto *che fu operato nel pubblico*; e potrò agire eziandio colla legge Aquilia, qualora non m' abbia prima denunciato, od io non l' abbia saputo, oppur quando la fossa non fosse scavata in que' siti nei quali suole scavarsi; e così pure di' di quelle fosse, che si fanno per collocare il frumento, come s' usa nella Marca.

III. Ma tali fosse si possono forse sca-

(10) *L. fluminum, § final. cum duabus ll. sequen. de damn. infect. et l. 1. § denique, de aqua pluvare. et probatur in l. quoties in. 1. in prima. ibi.*

Digitized by Google

publico? Et teneo quod non de jure: quia in solo publico non est licitum privato aliquid immittere sine principis vel superioris (1), *et maxime si esset via publica seu iter publicum* (2), *alias est de loco publico fruendo, et per illas efficiatur deterior via, et via dicitur deterior fieri, si per illas foveas impediretur usus ejus, etiam ad commeandum, hoc est, eundum vel agendum: aut cum via plana fuerit, clivosa fiat, vel ex molli aspera, aut angustior ex latiori, aut palustris ex sicca* (3). *In hoc tamen puto, quod sit conservanda consuetudo loci* (4), *quae loquitur de porticibus, ubi vero non sit consuetudo, serva quod dixi. Caetera circa istam materiam vide in sequenti libro* in tit. de fossatis (5).

(1) *L. 2. in princip. nequid in loco publico.*
(2) *L. aediles, § cura autem est, de via pub.*
(3) *L. 2. § deterior. ne quid in loco publico.*

vare sotto il suolo pubblico? Stimo che no di diritto; perchè non è lecito al privato immettere checchessia nel suolo pubblico senza licenza del principe o del superiore, e massimamente se si tratta di strada o di passaggio pubblico. Altrimenti avviene, qualora si tratti di fruire il luogo pubblico e per quelle fosse la strada si faccia deteriore; e deteriore si dice farsi nel caso, che per quelle fosse impedito l'usarne, anche per lo andare e venire, cioè pel passaggio o per la condotta, o quando la strada essendo piana diventasse ineguale, o di dolce scoscesa, o di larga angusta, o di asciutta paludosa. In questo argomento però credo che sia da rispettarsi la consuetudine del luogo, ed ove non esiste consuetudine, osserva ciò che esposi. Quello che resta a dirsi in questa materia, il vedrai nel libro seguente, nel capo de' fossati (*b*).

(4) *Per l. 1. et l. an in totum, C. de aedific. privat. per gloss. in rub. C. quae sit long. consuet.*
(5) *In seq. tit. vers. nec obstat quod dixi.*

ANNOTAZIONI AL CAPO LXXX.

(*a*) Intorno alla distanza da osservarsi nello scavare una fossa sul mio fondo presso il fondo altrui, veggasi quanto ho detto nell'annotazione *c* al Capo XLV circa al costruire nel mio fondo aderente al fondo altrui una cantina sotterranea.

Osservo però che non essendo la fossa una fabbrica ma uno scavamento, non mi par necessario in generale permesso politico onde scavarla.

Bensì se scavandola io compromettessi i pubblici riguardi, l'Autorità politico-amministrativa potrebbe, anzi dovrebbe vietarmi di farlo.

In riguardo al divertire scavando nel proprio fondo la vena d'acqua scorrente poscia nel fondo del vicino, parmi applicabile quanto ho detto nell'annotazione *d* al Capo XLVII sul tagliare scavando un pozzo le vene di acqua che servono ad alimentare il pozzo altrui.

(*b*) Per l'art. 31 del vigente Decreto italiano 20 maggio 1806 n. 34 le strade urbane non ponno venire in nessuna maniera ingombrate, nè di giorno, nè di notte.

Pel successivo art. 36 è vietato a chiunque l'ingombrare le strade regie, comunali ed anche private, quando queste sieno gravate di pubblica servitù.

Il § 4 dell'avviso della i. r. Delegazione provinciale di Padova 22 settembre 1840, n. 29355 da me citato nell'annotazione *f* al Capo XLVIII proibisce qualunque innovazione sulle strade comunali e consorziali, già proibita sulle regie strade, che nuoccia alla sicurezza e comodità del passaggio e perfino all'abbellimento di esse.

Ed il successivo § 8 vieta ai particolari formar cunette o scoli al di sopra delle strade comunali, cosa vietata anche sulle strade regie.

Tutte queste contravvenzioni sono punite con multa dalle austriache lire 5 alle 115 a tenore dell'art. 42 del suddetto Decreto 20 maggio 1806 e del § 14 del testè citato avviso.

Se tutto ciò è, parmi che debba essere in generale proibito, sotto comminatoria della

Digitized by Google

Ma può essere necessario di scavare temporaneamente in quei siti, e col permesso della pubblica autorità qualche fossa.

Pegli art. 471 n. 4 e 479 n. 4 del Codice penale italiano vi aveva contravvenzione e pena, quando taluno contro le leggi ed i regolamenti avesse ommesso di porre un lume d'avviso sugli scavi da esso fatti sulle strade o piazze, e quando per lo scavo di materie fatto nelle vie, sentieri, piazze o pubbliche strade senza le precauzioni o segnali prescritti od in uso ne fosse derivata morte o ferita ad animali o bestiami ed altri appartenenti.

I combinati art. 35 e 42 del suaccennato Decreto italiano sulle strade 20 maggio 1806 qualificano contravvenzione punibile con multa l'avere ommesso quando le case si riparano o si fabbricano dalla parte di una strada di tenervi un segnale per avvertirne i passeggeri coi necessarii lumi la notte e coi convenienti ripari anche di giorno.

Per la stessa ragione dovrebb' essere contravvenzione in egual modo punibile l'ommettere di tenere quei segnali e di notte e di giorno, quando sia necessario scavare temporaneamente fosse in luogo destinato al pubblico passaggio.

Parmi finalmente che lo stesso dovrebbe dirsi dietro l'esame del § 380 del vigente Codice penale austriaco del 1852.

Se per quel § quando ad una fabbrica che si sta erigendo si ommetta di esporre i prescritti segnali d'avviso, l'architetto o chi la dirige è punito per ogni caso di simile contravvenzione colla multa ivi indicata, perchè non dovrebb' essere in egual modo punito chi dovendo temporaneamente scavar fosse su luogo destinato a pubblico passaggio ommettesse di esporvi i suddetti segnali?

Fin qui ho parlato delle fosse, in luogo destinato al pubblico passaggio.

Poche parole ora su quelle, in luogo di pubblica o privata proprietà a quel passaggio non destinato.

Al proprietario è libero scavar fosse sul proprio fondo non destinato a pubblico passaggio, quando altri per qualche speciale fondamento di diritto non abbia facoltà di impedirglielo.

Su quel fondo che sia d'altri o comune, a nessuno è permesso scavarle senza averne acquistato diritto od almeno senza averne ottenuto permesso dal proprietario o dai comproprietarii.

Avendo taluno diritto e facoltà di scavare fosse su fondo non destinato a pubblico passaggio, ed avendole scavate, parmi che in generale sarebbe troppo rigore pretendere ch'ei dovesse tenervi i suindicati segnali d'avviso.

P. e., per oggetti agricoli, io scavo fosse nella mia, altrui o comune campagna.

Sarò obbligato a tenere su esse quei segnali?

In generale mi sembra di no.

Ma in particolare mi sembra che dovrò tenerli, quando abbia scavato quelle fosse onde prendere in esse facendone caccia, animali selvatici.

Infatti il § 336 lettera e del vigente Codice penale punisce come contravvenzione il non aver esposto segnali d'avviso nei luoghi in cui si disposero, *fosse da lupo*, quando ne sia derivata in alcuno la morte od una grave lesione corporale.

È vero che non vi ha pena se non vi ha quella morte o quella lesione.

Ma d'altronde se per l'altro § 380 la semplice ommissione di esporre i prescritti segnali di avviso ad una fabbrica che sta erigendosi è punita con multa, appunto pel pericolo che ne può derivare se anche non è derivato, perchè non sarà soggetta a multa la ommissione di quei segnali sulle fosse scavate per prendere animali selvatici, dalle

Digitized by Google

CAPUT LXXXI.

DE ARBORIBUS.

I. *Olivam vel ficum in suo plantans, quid observare debeat.* — II. *Arborem si quis in suo plantaverit juxta alterius regionem, legitimo dimisso spatio; et postea radices in tantum excreverint, quod domus meae fundamento ruinae periculum afferatur, an contra eum, qui plantaverit, vel qui plantatum habeat, agere potero.* — III. *Arbor si radices miserit in fundum meum seu in murum domus meae: an eas propria authoritate incidere valeam, vel cum authoritate judicis.* — IV. *Arbor tua si supra domum meam vel fundum meum pendeat, an illud totum, quod ex arbore super meo pendet, authoritate propria abscindere possim.* — V. *Arbore tua supra domum meam pendente, quod remedium competat.* — VI. *Dictio In, aliquando pro De, ponitur.* — VII. *Interdictum de arboribus caedendis tam directum, quam utile tribus in casibus competit.* — VIII. *Datur hoc interdictum de arboribus caedendis, si arbor communibus aedibus impendet, et cuilibet dominorum in solidum.* — IX. *Arbor ex fundo tuo in viam publicam si ita caderet, ut itineri impedimento esset, eamque pro derelicto habeas, quid juris.* — X. *Arbor si in fundum vicinum radices porrexerit, an vicino eas incidere liceat.* — XI. *Arbor cujus esse videatur, radicibus in vicini fundo arbor aliter illatis.* — XII. *Arbores alienas si quispiam in suo plantaverit, vel suas in alieno, cujus erunt.* — XIII. *Arbores alienas incidens, Aquilia, et arb. furtim caesarum tenetur.* — XIV. *Arboris appellatione quid veniat.* — XV. *Arbore ex mea si fructus in fundum tuum cadant, an mihi colligere licitum sit.* — XVI. *Fundum si vendiderim, et exceperim arborem, et eam ceciderit: et denuum ejus radices*

CAPO LXXXI.

DEGLI ALBERI.

I. Che cosa debba osservare chi pianta un olivo od un fico. II. Se alcuno avrà piantato un albero nel proprio presso il confine di un altro, lasciando interposto lo spazio legale, e poscia le radici di quell'albero siansi tanto dilatate da mettere in pericolo il fondamento della mia casa, potrò io agire contro chi ha piantato o possiede la pianta? — III. Se l'albero avrà messe radici nel mio fondo o nel muro della mia casa, potrò io di mia autorità reciderle, oppure con l'autorità del giudice? — IV. Se il tuo albero pende sopra la mia casa od il mio fondo, posso io di mia propria autorità tagliare tutta quella parte dell'albero che pende sopra il mio? — V. Che rimedio competa per l'albero tuo che pende sopra la mia casa. — VI. La dizione *in* talvolta si usa invece di *de*. — VII. L'interdetto degli alberi da tagliarsi si diretto che utile compete in tre casi. — VIII. Se l'albero pende sopra le case comuni, tale interdetto degli alberi da tagliarsi si concede solidalmente a ciascuno dei comproprietarii. — IX. Che di diritto, se l'albero pendesse dal tuo fondo sopra la strada pubblica cosiffattamente da impedire il passaggio? — X. Se l'albero ha estese le sue radici nel fondo del vicino, può questi tagliarle? — XI. Di chi sembri essere quell'albero, le cui radici sono alimentate dal fondo del vicino. — XII. Se alcuno piantò gli alberi altrui nel proprio fondo, od i proprii nel fondo altrui, a chi apparterranno? — XIII. Chi taglia gli altrui alberi è tenuto coll'azione Aquilia e con quella degli alberi tagliati furtivamente. — XIV. Che cosa si comprenda nel nome di albero. — XV. Se i frutti del mio albero cadono nel tuo fondo, mi sarà lecito raccorli? — XVI. Se io t'ho venduto un fondo, cocci-

Digitized by Google

decurrit per locum privatum, debet ab utraque parte esse spatium 25 pedum, in quo nullae sunt arbores: et si quae nascerentur, debet excidi (1) *et est ratio secundum Barthol. ibi in fin. qui est praesumptio, quod arbor radices mittat, et extendat per 25 pedes. Si vero aquaeductus transitum faceret per loca publica, debet esse latitudo 10 pedum munda ab omnibus arboribus* (2).

II. *Sed quid si quis plantavit arborem in suo juxta regionem alterius dimisso legitimo spatio secundum* d. l. fi. fin. reg. *et postea ita excreverunt radices, quod fundamentum vicinae domus ruinam seu periculum afferat, an possit agi contra eum, qui plantavit, vel qui plantatam habet? Et videtur quod non,* per l. Gracchus C. de adult. *quia dicitur, quod initium sit spectandum* (3): *contrarium tamen est verius* (4), *et est ratio: quia licet in suo sit licitum facere quodlibet* (5), *tamen illud verum, dummodo nihil immittat in alienum* (6), *et ita tenent Dd.* (7).

III. *Dubium tamen est, an hoc casu quo radices misit arbor in fundum meum, seu in murum domus meae, an eas possim propria authoritate incidere: an vero cum authoritate judicis. Et videtur quod propria authoritate possim* (8). *Nec videtur obstare* d. l. 1 de interd., *quia secundum aliquos non inducit necessitatem de aditione judicis* (9). *Alii dicunt, et istud est verius, secundum Pet., Cy. et Dd.* (10) *quod non possim propria authoritate incidere sed cum authoritate judicis* (11). *Nec obest, quod dixi, quando quid est immissum in meum, possum propria authoritate tollere: quia in hoc est distinguendum: Aut aliquid immittit in suo quis, et a se possesso, tamen contra jus mihi debitum: et tunc est necesse recurrere ad interdictum: quod vi aut clam, et de no. ope. nun.* (12). *Aut quis vult in rem meam immittere: et tunc aut illud immissum non tangit rem meam, sed pendet supra: et tunc illud*

rami ed alle fronde. Ma se un acquidotto scorre per un fondo privato, dall'una e dall'altra parte vi dev' essere uno spazio di 25 piedi, nel quale non esistano alberi; e se alcuni ne nascessero, si devono tagliare; e la ragione secondo Bartolo è questa: che si presume, che l'albero metta radici e si estenda per 25 piedi. Se poi l'acquidotto passasse per luoghi pubblici, vi dev' essere una estensione di 10 piedi priva d'ogni albero (*a*).

II. Ma che è di diritto, se taluno piantò un albero nel proprio, presso il confine di un altro, lasciando interposto lo spazio legale, secondo la legge finale *fi. fin. regund.*, e poscia le sue radici siensi in tal guisa allargate da recar pericolo o ruina a' fondamenti della casa vicina; si potrà agire contro colui che lo piantò o che lo possede? Sembra che no per la legge *Gracchus Cod. de adult.*, perchè si dice doversi osservare il principio. Nondimeno il contrario è più vero, perchè sebbene sia lecito a chiunque far ciò che vuole nel proprio, tuttavolta ciò procede in quanto non immetta alcuna cosa nell' altrui, e così pensano i Dottori.

III. V' ha dubbio però in questo caso, in cui l' albero mise radici nel mio fondo o nel muro della mia casa, se io possa tagliarle di propria autorità, oppure con autorità del giudice? E sembra ch' io possa reciderle di mia propria autorità. Nè pare che osti a ciò la legge 1.ª *Cod. de interd.*, perchè secondo alcuni non induce necessità di adire il giudice. Altri dicono, e questo è più vero secondo Pietro, Cino ed i Dottori, ch' io non possa tagliarle di mia autorità, ma con quella del giudice. Nè osta a questa sentenza ciò che dissi, che quando alcunchè è immesso nel mio, io possa levarlo di propria autorità, avvengachè si debba distinguere. O taluno immette alcuna cosa nel suo da lui posseduto, pure contro il diritto a me dovuto, ed allora è forza ricorrere all' interdetto *quod vi, aut clam*, e *de nov. operis nunc.* O taluno vuole immettere nella cosa mia, ed allora o quell' immesso non tocca la mia cosa, ma vi pende sopra, ed in tal caso

Digitized by Google

re (1). *Aut tangit rem meam: et tunc aut illud immissum est artificiale, quod convenit operi manu facto: quia foveam facit per quam incurrit aqua per murum: et tunc propria authoritate mea possum tollere* (2). *Aut immissio non est artificialis, sed naturalis, ut quando vicinus meus plantat in suo, et postea radices naturaliter intrant in meum: et tunc propria authoritate evellere et incidere non possum* (3). *Et praedicta procedunt in radicibus.*

IV. *Sed quid in frondibus et ramis? pone, arbor tua pendet supra domum meam, vel fundum meum: an possim totum, quod ex arbore super meo pendet, propria authoritate abscindere? Et videtur quod sic* (4) *et tenuit gloss.* ibi (5) *in contrarium gl. allegat* (6), *scilicet quod cum jud. authoritate hoc fieri debet: et pro hoc* d. § si protectum, *ac etiam quia si ingredior in tuum contra tuam voluntatem tibi teneor actione injuriarum* (7). *In hoc conclude secundum Bart.* (8) *quod est practica, quando arbor tua pendet in aedes meas, primo debeo tibi denunciare, ut eam adimas, secundum verba edicti,* de arb. caed. (9). *Et consilium est, quod de hac denunciatione fiat instrumentum: si tu negligis adimere, et ego authoritate mea vado, et succido, cum neminem prohibentem inveniam, nec alias fuerim prohibitus, licite facio. Nam non committo vim, cum non fuerim prohibitus. Item non facio clam, cum jus mihi permittat* (10), *et non debeo credere vel suspicari, quod contra justitiam mihi resistes et controversiam facies. Sed si cum venerim ab incidendum resistas, tunc non possum mea authoritate tollere, sed debeo recurrere ad interdictum de arb. caed.* (11). *Est enim prohibitum, ne mihi domino aedium tu dominus arboris vim facias.*

V. *Circa praedicta quaeritur, quod remedium competat? Distingue tres casus*

tocca la cosa mia, ed allora, o quell'immesso è artificiale, che cade nella specie de' manufatti, per esempio, perchè fa una fossa in virtù della quale l'acqua corre pel muro, ed allora di mia propria autorità posso levarlo. O la immissione non è artificiale, ma naturale, come quando il mio vicino pianta nel suo e poscia le radici naturalmente entrano nel mio, ed allora non posso svellerle e tagliarle di propria autorità.

IV. Ma che sarà di diritto circa le frondi ed i rami? Poni, che il tuo albero penda sopra la mia casa o sopra il mio fondo; posso io tagliare di propria autorità tutta quella parte di esso che pende sovra il mio? Sembra che sì, e così tenne la glossa in un luogo, ma in un altro dice il contrario, cioè che questo si debba fare coll'autorità del giudice, in forza del § *si protectum leg. quemad. ff. ad leg. Aquil.*, ed eziandio perchè se io entro nel tuo contro la tua volontà, io sono tenuto verso di te coll'azione d'ingiuria. Su questo punto conchiudi, secondo Bartolo, esser pratica, che quando il tuo albero pende sopra le mie case, innanzi tutto io devo denunciarti, affinchè tu lo tolga, giusta le parole dell'editto *de arbor. caed.* Ed è buon consiglio di fare un istrumento circa questa denuncia; e se tu trascuri di toglierlo, ed io vado di mia autorità e lo taglio, non trovando alcuno che me lo proibisca, opero lecitamente, perchè non faccio violenza, quando nessuno m'abbia vietato. Del pari non opero nascosamente, quando il diritto me lo conceda, e non devo credere o sospettare che tu contro giustizia mi opponga resistenza e mi faccia litigio. Ma se venendo io a tagliarlo tu ti opponga, allora non posso reciderlo di mia autorità, ma debbo valermi dell'interdetto *de arboribus caedendis*. Imperocchè è vietato, che tu padrone dell'albero usi violenza a me padrone delle case.

V. Circa le predette cose si dimanda qual rimedio competa? Distingui tre casi. O l'albero tuo pende sopra la mia casa, ed allora

Digitized by Google

bor. caed. ut arbor tollatur in totum et succidi debeat a stipite (1). *Aut arbor tua pendet supra agrum meum: et tunc ex secundo capite ejusdem edicti non agitur, ut tollatur totum, sed ut coerceatur et incidatur 15 pedibus a terra* (2). *Et ratio differentiae est inter istos duos casus: quia in primo, quando arbor supra domum alienam pendet, nocet domui ratione pluviae: sed in secundo casu, quando est supra agrum, non nocet agro nisi ratione solis, qui intrat terram* (3). *Aut arbor non pendet supra domum, vel agrum alienum, sed radices mittit in alienam domum: et iste est tertius casus, de quo non loquitur edictum de arbor. caed. sed provisio* d. l. 1. C. de interdict. *quae vult, quod licet deficiant verba edicti, tamen ex aequitate competit condictio* ex illa l. 1 *quae est actio in factum, vel utile interdictum* (4), *et istud ultimum, quod competat utile interdictum de arbor. caed. tenet ibi glo. et Cyn. et Dd. et Bart.* (5). *Sed quia ista opinio quod competat utile interdictum, et non directum de arb. caed. procedit sine dubio secundum opin. gl. quae vult, quod ubi verba deficiunt, et mens subest, tunc detur actio utilis* (6). *Sed secundum opin. Cyn. et Bart.* (7) *quae est, quod ubi mens sola subest, licet verba deficiant, detur etiam directa: sed quando deficiunt verba legis, et mens, sed subest ratio earum, tunc utilis, praedicta decisio videtur habere aliqualem dubitationem: quia ex quo per edictum de arb. caed., proprie sumptum, veniunt etiam radices arboris: quia illa dicitur proprie arbor quae habet radices* (8), *ergo videbatur adesse mens praetoris in edicto, de arb. caed. et sic deberet dari directum, interdictum non utile. Item quia dicitur in edicto, arb. impendet, etc. Nam dum dicitur, impendet, videtur etiam significare in loco: quia dictio* In, *significat in loco, vel in persona, et requirit tactum loci vel personae* (9). *Sed tu teneas opin. praedict. et Dd. qui eam sequuntur* (10), *nam licet edictum de arbor. caed. loqueretur de arbore. non*

de arboribus caedendis, onde l' albero sia interamente levato e si tronchi dal ceppo. Od il tuo albero pende sovra il mio campo, ed allora in secondo luogo non s' agisce collo stesso interdetto onde sia tolto interamente, ma perchè sia represso e tagliato 15 piedi da terra. E la ragione della differenza di questi due casi è la seguente: che nel primo, quando l' albero pende sopra la casa altrui, nuoce alla casa a cagion della pioggia, mentre nel secondo, cioè quando pende sopra il campo, non nuoce se non in causa del sole che vien tolto alla terra. O l'albero non pende sovra la casa od il campo altrui, ma mette le radici nell'altrui casa, e questo è il terzo caso, del quale non parla l' editto *de arboribus caedendis*, ma cui provvede la legge 1.ª *Cod. de interdictis*, la quale vuole, che sebbene manchino le parole dell' editto, nondimeno per equità competa la citazione risultante da quella legge, ch' è un' azione in fatto, ossia un utile interdetto, e quest' ultima sentenza, che competa l' interdetto utile *de arboribus caedendis*, è seguita dalla glossa, da Cino, da Bartolo e dai Dottori. Questa opinione, che competa l' interdetto utile e non il diritto *de arboribus caedendis*, procede senza dubbio secondo la glossa, la quale vuole che quando mancano le parole e si scorge l' intenzione, sia data l' azione utile. Ma per opinione di Cino e di Bartolo, ove si mostri la sola intenzione, sebbene manchino le parole, si dà eziandio la diretta; e quando mancano le parole della legge e l' intenzione, ma è evidente la loro ragione, allora si dà l' utile. La predetta decisione sembra involgere qualche dubbio, imperocchè nell' editto *de arboribus caedendis* propriamente inteso si comprendono eziandio le radici dell' albero, essendochè quello veramente si dica albero che ha le radici; dunque sembra entrare la intenzione del pretore nel detto editto, e per tal modo dovrebbe esser dato l'interdetto diretto, non già l'utile. Del pari, perchè nell' editto si dice *l'albero che pende* ecc.; avvegnachè quando si dice *impendet* sembra eziandio sottintendersi *in loco*,

Digitized by Google

quae in alienas aedes impendet; nam verbum Arbor, junctum cum verbo impendet, debet qualificari secundum naturam verbi cui adjungitur (1), *sed verbum, Impendeo, non extenditur ad radices quae subirent fundamenta domus: quia verbum Impendet, debet exponi, id est; dependet, vel supra pendet.*

la persona, e richiede il toccamento del luogo o della persona. Ma tu segui l' opinione antedetta ed i Dottori che l' abbracciano, conciossiachè, sebbene l' editto *de arbor. caed.* parli dell' albero, tuttavolta non parla semplicemente, sì invece dell' albero che pende sopra le case altrui, perchè la parola *arbor* congiunta coll' altra *impendet* deve essere qualificata secondo la parola cui è attaccata. Ma il verbo *impendeo* non si estende alle radici, le quali vanno sotto le fondamenta della casa, perchè il verbo *impendet* deve spiegarsi, come *dependet* o *supra pendet.*

VI. *Nam dictio In, aliquando ponitur pro De* (2), *et sic dictio In non requirit tactum loci. Item quod verbum, Arbor, non extendatur ad radices, quando conjungitur cum verbo quod aliud importat* (3), *et quod istud sit verum, quod hoc casu non comprehendantur radices arborum ex mente edicti,* patet in l. 1. C. de interd. ibi, *dum dicit, ad exemplum alicujus, non est idem cum illo ex mente: sed est per extensionem, quae sit per eandem rationem, concludo igitur ex praedictis, quod hoc interdictum* (4), *scilicet quando per radices crescunt sub fundamento domus vicini, debet esse utile et non directum, quia nec verba, nec mens edicti de arb. caed. fuit de ipsis radicibus, sed solum de arbore, quae supra pendet: et sic de frondibus et ramis, sed quia si fuisset interrogatus praetor, quid de radicibus propter eandem vel majorem rationem idem dixisset* (5): *ideo ad exemplum interdicti de arb. caed. dabitur, et hoc utile, quod est not.*

VI. Ed invero la dizione *in* talvolta si usa invece di *de*, ed in tal modo essa non dimanda il toccamento del luogo. Così pure la parola *albero* non si estende alle radici, quando è congiunto ad una parola che importa altrimenti; e che sia vero, che in questo caso non sono comprese le radici degli alberi dalla mente dell' editto, lo dimostra la leg. 1.ª *Cod. de interd.*, mentre dice: ad esempio di qualcuno, e non è lo stesso che in quello per sua mente; ma si reputa lo stesso per estensione che si fa in forza di ragione eguale. Per le ora dette cose conchiudo adunque, che questo interdetto, di cui nella detta legge 1.ª, cioè, quando le radici crescono sotto le fondamenta della casa vicina, debba esser utile e non diretto, perchè nè le parole nè la intenzione dell' editto *de arbor. caed.* riguardano le stesse radici, ma solamente l' albero che pende sopra; e così pure dee dirsi delle fronde e dei rami. Ma perchè, se il pretore fosse stato interrogato circa le radici, per eguale o maggiore ragione avrebbe detto lo stesso, così si darà quest' utile interdetto ad esempio di quello *de arboribus caedendis;* lo che deve notarsi (*b*).

VII. *Item datur hoc interdictum de arb. caed. tam directum, quam utile, competens in tribus casibus,* de quibus supra dixi in versic. circa praedicta, *quod datur non solum domino aedium, sed etiam ei qui usumfructum habet, quia ipsius interest arborem ipsam non pendere* (6).

VII. Parimente quest' utile interdetto *de arb. caed.*, sì diretto, che utile, si dà in tre casi, i quali più sopra abbiamo indicati, imperocchè vien dato non solo al padrone delle case, ma eziandio a quegli che vi ha l' usufrutto, perchè gl' importa che l'albero stesso non penda (*c*).

VIII. *Item datur hoc interdictum, si*

VIII. Del pari compete quest' interdetto

vitutum vendicationem singuli habent (1). *Item an pro opere facto in arbore possit agi, et qua actione* (2): et plene not. per Bart. (3). *Item si arbor ex vicini fundo inclinata in tuum fundum sit, ex leg. 12 tab. de amovenda ea recte agere potes, jus ei non esse ita arborem habere* (4), *et competit actio in factum vel negatoria* (5). *Si aliquis cavit mihi de damno inf. et arbores ex suo agro vi tempestatis confractae, et in meum agrum ceciderunt, eo quod facto viribus meis vel segetibus meis nocerent, vel aedificia demoliuntur, stipulatio non committitur: secus si vetustate arborum hoc accideret* (6).

IX. *Item quid si arbor ex fundo tuo in viam publicam sic caderet, ut itineri sit impedimento, eamque pro derelicto habeas? Dic quod non teneris: sed si actor sua impensa arborem tollere paratus sit, recte tecum agere poterit de via publica reficienda, sed si pro derelicto non habeas, tecum agere poterit, ne quid in loco publico* (7).

X. *Dictum est supra de arboribus quae intrant murum vicini vel ejus fundamentum. Sed quid si arbor porrexerit radices in vicinum fundum, an vicino liceat eas incidere* (*)? *Dic quod non: sed agere poterit negatoria, ei non esse jus, sicut nec tignum, nec protectum habere* (8).

XI. *Item quid si radicibus in fundo vicini arbor alitur, cujus videtur esse arbor? Dic ejus vicini, in cujus fundo origo arboris est* (9), *quod intellige quando alitur a solo vicini, non tamen occupavit, ut quia per latitudinem et longitudinem tangit: et quando poterat vivere ex radicibus quae erant in solo, unde ducit originem, alias secus* (10).

XII. *Item si quis plantavit arbores alienas in suo, vel suas in alieno, cujus erunt? Dic ut habetur* (11) *in text.*

perchè anche i singoli soci hanno la vendicazione delle servitù. Così pure se si possa agire e con quale azione per un' opera fatta nell' albero, vedi i testi e Bartolo. Del pari se l' albero siasi dal vicino fondo inclinato sul tuo, potrai agire per farlo rimuovere in forza della legge delle 12 tavole, e chiedere sia giudicato, non avere il vicino diritto di tenere l' albero in quel modo, ed allora compete l' azione contro il fatto e la negatoria. Se taluno mi garantisce del danno temuto, e gli alberi del suo campo sbarbicati dalla forza della bufera caddero nel mio fondo in guisa da nuocere alle mie piante ed ai miei frutti, oppure gli edifici rovinano, la stipulazione non tiene; ed altrimenti se ciò fosse avvenuto per la vecchiezza degli alberi (*d*).

IX. Del pari, che di diritto se l' albero cadesse dal tuo fondo sulla pubblica strada in modo da impedire il passaggio, e tu lo tenessi perduto? Rispondi, che non saresti tenuto; ma se l' attore fosse disposto a levarlo via a sue spese, giustamente potrebbe agire contro di te coll' interdetto della strada pubblica da ristaurarsi; che se tu non lo tenessi perduto, potrebbe agire contro te coll' interdetto *ne quid in loco publico* (*e*).

X. Fu discorso prima degli alberi che s' introducono nel muro del vicino o nelle sue fondamenta. Ma che si dirà qualora l' albero stenda le sue radici nel fondo propinquo? è lecito forse al vicino di reciderlo? (*) Rispondi che no, ma potrà agire colla negatoria, non aver egli diritto di tenerlo, come non l' ha rispetto al trave od allo sporto (*f*).

XI. Del pari, se l' albero si nutre colle radici nel fondo del vicino, a chi sembrerà appartenere? Rispondi, al vicino, dal cui fondo l' albero trae sua origine; lo che intendi in questo senso: quando è nutricato dal suolo del vicino, senza però occuparlo, come allorchè lo tocca per larghezza e lunghezza, e quando poteva vivere colle radici ch' erano nel suolo donde tragge l' origine; diversamente se altrimenti (*g*).

XII. Così pure, se alcuno piantò nel suo alberi altrui, od i suoi alberi nel fondo altrui, di chi saranno? Rispondi come ne' testi relativi (*h*).

(1) *D. l. 1. § praeterea.*
(2) *Vide l. si alius, § notavimus, quod vi aut clam.*
(3) *In l. 1. § hoc autem dictum, de nov. oper. nunc.*
(4) *L. fin. de arbor. caed.*
(5) *Secundum gloss. ibi, et Bart.*
(6) *Text. est in l. fluminum, § item apud Julian. de damn. infect.*
(7) *Et adde quod not. Fed. de Sen. in cons. 102.*

(8) *Ut l. si plures, § si arb. fur. caes.*
(9) *D. l. si plures in fin.*
(10) *Et ita intelligitur § si Titius. Instit. de rer. divis. et ibi not. per Angel. in d. l. si plures in fin. et vide omnino, l. si vitem, in princ. et quod ibi not. per Dd. quod vi aut clam.*
(11) *In d. § si Titius, et in l. idem Pomp. scribit, si frumentum, § de arbore, de rei vend. et in l. si vitem, in princ.*

Digitized by Google

XIII. *Item incidens arbores alienas, tenetur Aquilia, et arb. furt. caes.* (1) *et hoc sive quis suis manibus incidat, sive alii incidendum mandaverit* (2): *et etiam si colonus arbores ceciderit, ex locato tenetur* (3), *et si plures eandem arborem furtim ceciderunt, cum singulis insolidum agi poterit: et si eadem arbor plurium fuerit, universis in simul una poena praestabitur* (4), *et competit ista actio emphyteutae, non autem usufructuario* (5). *Et quae et quanta sit ista poena, et adversus quem competat, et quibus*, vide in l. furtum. § fi. cum seq. arb. fur. caes.

XIV. *Et quia facta est saepius mentio de arbore, sciendum est quid veniat appellatione arboris: Dic quod continentur etiam vites* (6). *Item multa alia continentur appellatione arboris* (7), et vide omnino Bar. in suo tract. de alveo. *ubi ponit, quid sit proprie arbor, et quid fit herba.*

XV. *Item quid si ex arbore mea fructus in tuum fundum cadant? Dic quod usque ad tertium diem licitum est mihi colligere, nec vim facere potes* (8).

XVI. *Item si vendidi fundum, excepi arborem, et ea cecidit, et postea radices ejus pullos emiserint: an eas possim vendicare? Ista est quae sabbatina*, de qua vide per gl. (9).

XVII. *Ultimo adde, quod usufructuarius* (**) *non potest excidere arbores etiam infructuosas, quae deambulationes opacas et amoenas reddunt* (10).

(1) *L. 1. et pen. ff. arb. fur. caes.*
(2) *Ut l. furtum, § si autem, eod. tit.*
(3) *L. si colonus eod. tit.*
(4) *L. si plures, in princ. arb. fur. caes.*
(5) *L. caedere, § pen. eod. tit.*
(6) *L. 2. et 3. arb. fur. caes. l. 1. § arbores, arb. fur. caes.*

(*) *Arbor.* Adde Corneo 3. *vol. cons.* 287. *incip.* dominus.

(**) *Usufruct.* Et si usufructuarius rem deterioravit, an haeres ejus teneatur? Vide Corn. 2. *volum. cons.* 119. Et locare fundum, in quo habet usumfructum, pertinet ad usufructuarium, non ad haeredem

XIII. Del pari chi taglia gli alberi altrui, è tenuto coll' azione Aquilia e con quella degli alberi tagliati furtivamente, e ciò procede, sia che li tagli con sue mani, sia che abbia mandato altri a tagliarli; ed anche il colono è tenuto coll' azione di *locato*, se avrà reciso gli alberi; e se parecchi hanno tagliato furtivamente lo stesso albero, si potrà agire solidalmente contro ciascuno; e se lo stess' albero fosse di più padroni, a tutti insieme sarà prestata la stessa pena; e quest' azione compete bensì all' enfiteuta, ma non già all' usufruttuario. E quale e quanta sia detta pena, e contro chi competa, vedilo nella legge *furtum § fin. et seq. ff. arb. furt. caes* (*i*).

XIV. E poichè spesso s' è fatta menzione dell' albero, giova sapere che cosa si comprenda nel suo nome. Rispondi, che sono comprese anche le viti. Così pure molte altre cose sono comprese nel suo nome, e vedi Bartolo nel suo trattato dell' alveo, il quale spiega che sia propriamente l' albero e che l' erba (*k*).

XV. Parimente, che sarà di diritto se i frutti del mio albero cadano nel tuo fondo? Rispondi, che sino al terzo giorno mi è permesso raccoglierli, nè tu puoi vietarmelo (*l*).

XVI. Parimente, s' io ti vendetti un fondo, eccettuato un albero, e questo sia caduto, e poscia le sue radici abbiano mandati fuori i polloni, potrò io vendicarli? Questa è una questione sabbatina, di cui vedi la glossa (*m*).

XVII. Finalmente aggiungi, che l' usufruttuario (**) non può recidere gli alberi tuttochè infruttuosi, i quali rendono più ombrosi ed ameni i passeggi (*n*).

(7) *De quibus vide in l. item per totam, cum seq. arb. fur. caes.*
(8) *L. 1. de glan. leg. et vide omnino quod ibi not. Bart.*
(9) *In l. obligationem fere § pen. de ac. et ob.*
(10) *L. aequissimum de usufr. et adde quae dixi supra, ne luminibus officiatur, in 4. et 5. quaest. et de servit. protegendi, 5. quaest.*

(*) *Albero.* Aggiungi Corneo, *vol.* 3, *cons.* 287, che comincia *dominus.*

(**) *Usufruttuario.* Se l'usufruttuario deteriorò la cosa, il di lui erede è forse tenuto? Vedi Corneo, *vol.* 2, *cons.* 119. Spetta all' usufruttuario e non all'erede locare il fondo di cui gode l'usufrutto. *d. vol.*

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO LXXXI.

(*a*) Riferendomi a quanto in proposito delle piantagioni ho detto in generale nell'annotazione *a* al Capo XXXIII, osservo ora su esse in particolare quanto appresso.

I. Per l'art. 671 del Codice Napoleone non è permesso piantare alberi di alto e di non alto fusto e siepi vive se non alla distanza prescritta dai regolamenti particolari che fossero veglianti, o dalle usanze del paese costanti e riconosciute.

In mancanza degli uni e delle altre, non è permesso piantare alberi di alto fusto se non alla distanza di due metri dalla linea di separazione di due fondi privati che non sieno proprietà della stessa persona, ed alberi di non alto fusto e siepi vive se non alla distanza di mezzo metro da quella linea.

Per l'art. 672 il vicino può esigere che gli alberi e le siepi vive piantate a distanza minore vengano estirpate.

Cioè, se il vicino che ha fatto quelle piantagioni non le estirpa volontariamente, il giudice dee fargliele estirpare dietro domanda dell'altro vicino.

Da questi articoli vedesi, come ho detto nell'annotazione *d* al Capo XL, non prescrivere il Codice Napoleone distanze per le siepi morte.

Qui merita poi riflesso l'art. 603 del Codice sardo, il quale ha determinato quali sieno gli alberi di alto fusto e di non alto fusto.

Lo meritano eziandio gli art. 603-605 di quel Codice in quanto portano le aggiunte e variazioni fatte agli art. 671 e 672 del Codice Napoleone.

Le distanze dell'art. 671 di quest'ultimo Codice deggiono in regola essere osservate da chi pianta tanto se sulla linea di separazione di due fondi privati esista una casa od un muro quanto se esista un terreno, che non sieno sua proprietà, ma proprietà di altro vicino.

Deggiono pure in regola essere osservate da chi pianta, anche se quei fondi di due vicini sieno separati da un corso naturale od artificiale di acqua.

Sia quel corso di acqua naturale od artificiale, esso è formato dall'acqua che scorre e dall'alveo o letto entro il quale scorre.

L'alveo o letto è quella cavità del terreno distesa per lunghezza dal principio fino al fine della sua estensione entro la quale scorre l'acqua.

Quell'alveo o letto ha fondo, e sponde ossieno ripe.

Il fondo è la parte inferiore del terreno sulla quale pesa l'acqua contenutavi.

Le sponde o ripe sono le parti laterali dell'alveo che cominciando dal lembo della superficie orizzontale del suolo nel quale l'alveo stesso è incavato, e discendendo in linea perpendicolare od inclinata sino al fondo di esso, contengono ristretta e sollevata di superficie, a qualche altezza, come alcuni dicono, ovvero alla più grande altezza comune, come dicono altri, l'acqua.

Non parlo qui di quelle parti estreme della superficie orizzontale del suolo nel quale è incavato l'alveo, le quali sono immediatamente aderenti alle parti laterali di esso, delle quali di sopra ho fatto cenno, parti estreme che pure si chiamano sponde o ripe.

Parlo soltanto delle suddette parti laterali dell'alveo.

Queste sponde o ripe come parti laterali dell'alveo o letto, se formate dalla natura sono naturali.

Se formate dalla mano dell'uomo, artificiali.

Queste ultime se formate onde sostenere la maggiore eserescenza dell'acqua si dicono argini.

Ciò premesso:

1.° Il corso naturale od artificiale di acqua che separa due fondi privati di due diversi proprietarii, può essere a questi comune.

Digitized by Google

veo o letto colle sponde o ripe laterali di esso, può essere proprietà esclusiva di quegli cui spetta il fondo rivierasco a destra.

Allora la linea di separazione fra i due proprietarii rivieraschi esister dee al lembo estremo della ripa o sponda laterale che sta dalla parte opposta, cioè da quella del fondo rivierasco a sinistra.

Dunque da quel lembo estremo della ripa o sponda laterale a sinistra dovrà essere calcolata la distanza legale da osservarsi da ognuno dei due proprietarii rivieraschi che piantar voglia alberi o siepi vive nel proprio terreno.

3.° Per inverso, se il suddetto corso d'acqua col suo letto e colle sponde laterali di questo è proprietà esclusiva di quegli cui spetta il fondo rivierasco a sinistra, allora la linea di separazione fra i due proprietarii esister dee al lembo estremo della sponda laterale che sta dalla parte opposta, cioè da quella del fondo rivierasco a destra.

Dunque da questo lembo estremo a destra sarà calcolata la distanza legale degli alberi e siepi vive da piantarsi nel proprio terreno da ognuno di quei due proprietarii.

4.° È possibile che l' intero corso d'acqua, cioè l'acqua, l' alveo, e le sponde laterali, anzi ch' essere proprietà esclusiva dell' uno o dell' altro proprietario rivierasco, lo sia di un terzo privato.

Allora la linea di separazione fra il corso d' acqua proprietà di quel terzo ed i fondi rivieraschi proprietà altrui esister dee al lembo estremo della sponda a destra pel terreno rivierasco a destra, ed al lembo estremo della sponda a sinistra pel terreno rivierasco a sinistra.

Dunque dal lembo estremo della ripa a destra sarà calcolata la distanza legale delle piantagioni nel terreno rivierasco a destra, e dal lembo estremo della ripa a sinistra sarà calcolata quella delle piantagioni nel terreno rivierasco a sinistra.

E se il proprietario del corso d' acqua piantar potesse e volesse alberi o siepi vive sulle sponde laterali di esso che gli appartengono, non avrà diritto di farlo, se calcolando dal punto in cui vuol piantare fino all'estremo lembo della sua sponda a destra o a sinistra, verso i fondi rivieraschi, non vi abbia la distanza prescritta dall'art. 671 del Cod. Nap.

5.° Nei casi da me accennati ai n.i 2, 3, 4, e specialmente pei corsi naturali di acqua qualche scrittore sostiene cha la linea di separazione non possa esistere al lembo estremo della sponda, ossia ripa laterale, per essere essa soggetta a scoscendimenti e quindi a continue irregolarità che impediscono che partendo da essa venga calcolata la distanza legale delle piantagioni.

Sostiene invece che quella distanza debba calcolarsi dalla metà del corso di acqua ch' è immutabile e che non è soggetta a quelle irregolarità.

Io non potrei aderire a questa opinione.

In primo luogo, per l' art. 671 del Codice Napoleone la distanza legale delle piantagioni dee calcolarsi dalla linea di separazione di due fondi privati che non appartengono allo stesso proprietario.

Ora quando il corso di acqua spetta ad un proprietario solo, sia poi questo il proprietario rivierasco a destra od a sinistra, ovvero un terzo, la linea tirata alla metà dell' acqua non è la linea di separazione fra due fondi spettanti a proprietarii diversi voluta da quell' articolo, ma è una linea che divide un unico fondo spettante ad un solo proprietario, dalla quale per conseguenza per l' articolo stesso non può essere calcolata la distanza legale delle piantagioni.

In secondo luogo, dovendo calcolarsi quella distanza legale, al momento in cui ven-

Digitized by Google

Dunque da questa linea dell' acqua, ognuno dei proprietarii delle due sponde dovrà calcolare la distanza legale, alla quale piantar potrà gli alberi e le siepi vive sulla propria sponda e sul proprio terreno rivierasco.

7.° Chieggo ora se la distanza legale debba essere calcolata dal centro, o sino al centro, ovvero dalla superficie o sino alla superficie dell' albero.

Per l'art. 671 del Codice Napoleone quella distanza si calcola al momento della piantagione.

Ora a quel momento non può parlarsi di superficie sensibilmente distante dal centro dell' albero.

Può solo parlarsi del centro di esso sovrastante al punto nel quale viene piantato.

Dunque sembrami che la suddetta distanza debba essere calcolata dal centro o sino al centro e non dalla superficie o fino alla superficie dell'albero stesso.

8.° Suppongo finalmente che sul mio terreno altri abbia diritto di condurre e conduca un corso di acqua a titolo di servitù.

A quale distanza dal corso di acqua dovrò tener le piantagioni che far voglio nel rimanente mio fondo?

Il corso d' acqua altrui è il fondo dominante.

Il mio terreno è il fondo serviente.

Ora se le sponde o ripe laterali del corso di acqua spettano a me proprietario del terreno serviente; io pel § 701 del Codice Napoleone, nulla posso fare che tenda a scemare o rendere più incomodo l' uso della servitù.

Dunque nel mio terreno non potrò piantare in tale vicinanza dal corso d'acqua altrui da scemare o da rendere più incomodo coi miei alberi e colla mia siepe l' uso di quella servitù di acquidotto ad altri spettante.

Se poi le sponde o ripe laterali spettano al proprietario del fondo dominante, cioè del corso d'acqua, allora dovrò calcolare la distanza dall'art. 671 del Codice Napoleone prescritta per le mie piantagioni, dal lembo estremo di quelle altrui sponde verso il rimanente mio terreno, perchè quell' estremo lembo forma la linea di separazione tra la mia e l' altrui proprietà.

E dal suo lato il proprietario del corso d' acqua non potrà piantare alberi o siepi vive su quelle sue sponde, quando dal punto della piantagione fino al mio terreno non vi abbia la distanza legale prescritta dal suddetto articolo.

9.° Le distanze legali degli alberi e delle siepi vive dal confine qualunque esso sia del vicino, sono stabilite per la privata utilità di questo.

Egli dunque, come ho detto nell'annotazione a al Capo XXXIII, può rinunciarvi.

E può eziandio, come ivi ho pur detto, perdere per prescrizione estintiva il diritto di farle dall'altro vicino osservare.

Questo è il motivo pel quale ho detto di sopra che esser deggiono osservate, in regola.

È poi naturale che avendo un vicino acquistato per titolo o per prescrizione il diritto di piantare alberi o siepi vive verso il confine di altro vicino a distanze minori di quelle prescritte dall' art. 671 del Codice Napoleone, quest' altro vicino non ha più il diritto che in regola gli concede l'art. 672 di farle estirpare.

10.° Per l'art. 670 del suddetto Codice, ogni siepe dividente fondi è reputata comune, eccettuato il caso che un solo fondo fosse in istato d'essere cinto (sia cinto, dice il corrispondente art. 589 del Codice sardo), ed eccettuato l'altro caso in cui non vi abbia titolo o sufficiente possesso in contrario (o vi sia termine di confine, titolo, o sufficiente possesso in contrario, dice meglio il suddetto art. del Codice sardo).

Quando la siepe è riputata comune, un vicino per le regole della comunione non può estirparla senza il consenso dell' altro.

Nemmeno se il farlo fosse vantaggioso, come credo di dover argomentare dall'articolo 1859 n.° 4 del Codice Napoleone e dall'art. 1882 n.° 4 del Codice sardo.

Parmi che tutto ciò dovrebbe dirsi anche se la siepe invece di essere formata da spine, da rovi, o da altri arbusti, il fosse per intiero da alberi.

Invece se nella suddetta siepe comune sono situati qualche alberi soltanto, questi per l'art. 673 del Codice Napoleone sono bensì comuni com'essa, ma ognuno dei due proprietarii può chiedere anche invito l'altro che sieno abbattuti.

Lo stesso dice anche il corrispondente art. 590 del Codice sardo.

Digitized by Google

11.° Questo ultimo articolo poi aggiunge, che gli alberi (non in siepe) piantati lungo la linea di confine fra due proprietà si reputano comuni, quando non vi abbia titolo o possesso in contrario, e che quando servono di limite non ponno tagliarsi se non di comune consenso.

Ciò essendo conforme alle regole della comunione, parmi che dovrebbe dirsi eziandio secondo il Codice Napoleone, il quale però su tale questione nulla specialmente dispone.

II. Le quistioni sulle distanze legali delle piantagioni dal confine di fondi privati vicini, che ho sfiorate di sopra, furono troncate di netto dal Codice civile austriaco.

1.° Lo Schuster nel § 45 del suo Trattato sul diritto di fabbricare, dice, e mi par giustamente, che pel § 362 di quel Codice il proprietario pieno di una cosa può usarne ad arbitrio; che non è limitato in quell' uso se non quando, secondo il § 363, usandone, leda il diritto di un altro, e che pel § 480 quest' altro non ha il diritto d' impedirgli l'uso stesso, se il potere d' impedire non gli derivi dal contratto, dalla disposizione di ultima volontà, dalla sentenza del giudice o dalla prescrizione.

Conchiude per conseguenza nel § 46, e mi pare pur giustamente, che il vicino può nel proprio terreno piantare alberi, quand' anche essi crescendo tolgano luce, prospetto, aria, o sieno in qualunque modo incomodi all'altro vicino, allorchè questo non possa proibirglielo per uno dei fondamenti legali portati dal suddetto § 480 del Codice civile.

Cioè conchiude in questo caso che chi pianta alberi e per la stessa ragione anche siepi sul proprio terreno non sia obbligato ad osservare distanze dal fondo del proprio vicino.

Però quelle piantagioni nel terreno di un vicino non deggiono in regola invadere colle radici il fondo, e coi rami lo spazio d' aria dell' altro vicino, perchè invadendoli, il diritto di proprietà di quest' altro vicino sarebbe leso, ed esserlo non deve.

Pel caso di questa invasione provvede il § 422 del Codice austriaco del quale parlerò nell' annotazione seguente.

Le radici poi ed i rami dell'albero e della siepe altrui potrebbero invadere quelle il fondo, questi lo spazio di aria del vicino, quando il piantatore per uno dei fondamenti legali portati dal § 480 avesse acquistato diritto a quella invasione.

2.° Pel § 421 del suddetto Codice, un albero, il tronco del quale sta sulla linea di confine tra più proprietarii, è fra essi comune.

Nol sarebbe però quando per uno dei fondamenti legali pei quali secondo quel Codice si acquista la proprietà, spettasse esclusivamente ad uno di essi.

3.° Per l'altro § 854 le siepi morte o vive che separano fondi vicini, dunque che stanno sulla linea di confine fra essi, sono considerate proprietà comune dei padroni di quei fondi.

Non ponno però essere considerate comuni, quando esistano le prove della esclusiva proprietà in uno di quei proprietarii, indicate da quel §.

4.° Il proprietario del fondo o del raggio d'aria vicini, invasi senza diritto dalle radici o dalle parti sopraterra dell'albero o della siepe altrui, ha speciali diritti che derivano dalla sua proprietà.

Questi diritti sono fissati dal § 422 del Codice austriaco.

Ma anche i comproprietarii di un albero o di una siepe giacenti sulla comune linea di confine, hanno i loro speciali e diversi diritti derivanti dalla relazione di comunione nella quale si trovano.

Questi diritti sono determinati nel Capitolo 16, parte II del suddetto Codice, che tratta appunto della comunione.

III. Fin qui ho parlato degli alberi e delle siepi piantate su fondo privato in vicinanza ad altro fondo privato.

Digitized by Google

del Decreto italiano sulle strade 27 marzo 1804 sono gli spazii nella parte serviente all' uso di essa, i ponti ed altri edifizii destinati alla sua continuazione e conservazione, e gli argini in quanto servono al medesimo oggetto:

3.° una piazza in luogo abitato, che pel suddetto articolo entra nella classe rispettiva delle strade cui appartiene e che io dirò essere per lo scopo cui è destinata, una strada più ampia ma sempre una strada in senso lato.

1.° In quanto agli argini dei regii fiumi vedasi la Circolare del Governo di Venezia 28 gennaio 1820, n. 2199 della collezione veneta delle leggi, alle r. Delegazioni provinciali, colla quale fu ad esse comunicato per la sua pubblicazione il regolamento onde ovviare ai danni recati dai privati a quelle arginature pubblicato con governativo assenso dalla r. Delegazione provinciale di Venezia.

Quel Regolamento è poi unito al decreto dello stesso Governo a quest' ultima Delegazione provinciale 15 luglio 1819, n. 16525 nella stessa collezione.

Esso Regolamento agli art. 12 e 13 oltre ad altre disposizioni porta specialmente, che alberi non possano essere piantati se non alla distanza di metri 2 dal piede delle scarpe dei suddetti argini, e siepi vive e morte se non a quella di metri 3 tanto verso la campagna, che verso l'acqua ov'esistessero golene di privata proprietà sotto comminatoria di multa, di estirpamento e di perdita del legname estirpato.

Eguali disposizioni portano anche gli art. 13 e 14 dell' avviso pubblicato in analogia al governativo Decreto 11 ottobre 1819, n. 29486 dalla r. Delegazione provinciale di Padova nel 23 decembre successivo al n. 19480.

Disposizioni consimili erano state adottate anche prima, e specialmente colle notificazioni della nobile congregazione delegata e della commissione alle acque in Venezia dei 20 novembre 1802 e 7 giugno 1805.

Quindi le Autorità amministrative nelle venete provincie si credettero autorizzate a pubblicare i suddetti regolamento ed avviso, che rifusero modificando le norme anteriori.

Ritennero di aver facoltà di farlo, fondandosi sull' art. 34 del vigente Decreto italiano sulla custodia e lavori degli argini dei fiumi, articolo che mantenne in vigore tutte le multe e le pene antecedentemente comminate in tale materia, che da quel decreto non fossero state espressamente tolte o variate.

2.° In quanto alle strade regie e comunali ed alle parti integranti di esse veggasi l' avviso della r. Delegazione provinciale di Padova 22 settembre 1840, n. 29355.

Questo avviso, come ho detto nell' annotazione *f* al Capo XLVIII, ha applicato anche alle strade comunali, le discipline vigenti onde preservare le regie strade.

Agli art. 6 e 9 l' avviso stesso ha prescritto come per le seconde così per le prime strade quanto appresso.

I proprietarii dei terreni limitrofi alla strada deggiono recidere i racami degli alberi dei loro terreni che ingombrassero la fuga stradale o i marciapiedi.

Non ponno piantare alberi a distanza minore di 6 metri dal ciglio della strada e di 2 metri al di là della scarpa del fosso lungo il ciglio della campagna.

Non è permesso ad alcuno piantare siepi sulla scarpa delle strade o al piede di esse, dovendo restare sempre libero lo spazio per lo scolo delle correnti.

Solo a distanza di mezzo metro per lo meno dalla unghia delle scarpe potranno essere piantate siepi.

Il § 14 poi punisce le contraffazioni con una multa fra le austr. lire 5 e le 115 giusta l' art. 42 del Decreto italiano sulle strade 20 maggio 1806, n. 34 e coll' arresto in caso d' impotenza al pagamento, arresto che pel dispaccio dell' aulica Cancelleria 19 maggio

Digitized by Google

E ciò perchè quelle leggi parlano delle strade in senso stretto che hanno scarpe, cigli, fosse, di cui non sono d' ordinario provvedute le piazze delle città e di altri luoghi abitati.

Però anche a quelle piazze mi sembrano applicabili i principii espressi per le strade pubbliche in generale, dal Decreto del Governo di Venezia 5 luglio 1824, n. 20721 da me citato nell' annotazione *b* al Capo XXVIII.

Per quel Decreto l' Autorità politica, che dee togliere e regolare quanto pregiudica la sicurezza, il comodo, la libertà, la decenza di ogni pubblico transito, ha dovere e facoltà di stabilire all' uopo i relativi regolamenti ed anche comminatorie perchè sieno eseguiti.

Quindi se per quei riguardi, la suddetta Autorità trovasse, e fosse necessario di ordinare ai privati proprietarii di fondi limitrofi ad una piazza considerata come luogo di pubblico transito, di non piantare alberi e siepi su quei fondi se non a data distanza da essa, di estirpare piantagioni ad essa troppo vicine, di recidere i rami degli alberi e delle siepi che la ingombrassero, di non tenere le suddette piantagioni se non ad una data altezza ecc., parmi che i proprietarii stessi dovrebbero adattarvisi.

E ciò pel principio che la privata dee cedere alla pubblica comprovata utilità.

In questi casi però l' Autorità politica non dovrà mai obbliare quella maggiore moderazione che fu tanto saggiamente raccomandata dall' aulico Dispaccio 8 giugno 1839, n. 13348 da me citato nell' annotazione *e* al Capo XXVII.

4.° Per la stessa ragione poi, che la privata dee cedere alla pubblica comprovata utilità, se l' Autorità amministrativa trovasse necessario od utile di far piantagioni su un argine regio, su una pubblica strada o piazza, o di conservare le già esistenti a distanze ed in modo eziandio da recare incomodo ai proprietarii dei fondi limitrofi privati, parmi che quei proprietarii dovrebbero tollerarlo.

Qui noto però che l' art. 12 del Regolamento unito al Decreto del Governo di Venezia 15 luglio 1819 del quale ho parlato al precedente n. 1, vieta severamente ai privati di far nuove piantagioni di alberi e siepi vive o morte sulle scarpe e sulle sommità degli argini di regio diritto.

Ciò vuol dire che in generale le considera nocive alla solidità e conservazione di quelle arginature.

E se così le considera nocive, ciò vuol dire eziandio, che ben di rado, se non mai l' Autorità amministrativa ne farà eseguire su un argine regio.

E ciò tanto meno, in quanto che il suddetto art. 12 ordina perfino l' estirpamento delle piantagioni già esistenti su uno di quegli argini quando nuocciano alla loro solidità e conservazione.

In quanto alle pubbliche strade noto poi:

a, che gli art. 50 e 51 del vigente Decreto italiano sui boschi 27 maggio 1811, n. 121, prescrissero che le grandi strade del Regno, cioè le strade regie, non piantate e suscettibili di esserlo venissero piantate dai proprietarii che vi fanno fronte con alberi da bosco o da frutto secondo le località, o nell' interno di esse o sul terreno di proprietà dello Stato;

b, che l' art. 56 di quel Decreto ammise che piantagioni potessero essere fatte sulla riva delle strade vicinali (comunali) quando fosse conservata la larghezza stabilita ad esse strade;

c, che il Decreto del Governo di Venezia 3 gennaio 1825, n. 22 ha ingiunto alle Autorità amministrative ad esso subordinate di vegliare perchè le regie strade oltre all' essere piane, solide e scorrevoli riescano vaghe e comode d'ombre durante l'estiva stagione col farvi a mezzo degli appaltatori delle piantagioni di alberi e col conservarle;

d, che questa disposizione applicabile alle regie strade, lo sarebbe anche alle provinciali ed anche a qualche importante via comunale;

e, che però molti sostengono avere la esperienza dimostrato essere l' ombra degli alberi nociva alla buona condizione delle strade, sicchè se ciò fosse vero non si dovrebbe su esse piantarne.

(*b*) Le quistioni proposte dal Cipolla ai §§ II—VI del presente Capo mi sembrano sciolte dal § 422 del Codice austriaco e dall' art. 672 del Codice Napoleone.

1°. Per quel § ogni proprietario può svellere dal fondo proprio le radici dell' albero

Digitized by Google

altrui e tagliarne i rami pendenti nello spazio dell'aria che sovrasta al suo fondo ed altrimenti goderne.

Cioè se le radici dell'albero altrui si sono insinuate nel mio fondo, sia poi questo un terreno, una casa, un muro, un corso di acqua, io posso svellerle da me stesso senza ricorrere al giudice onde obbligare il proprietario dell'albero a farlo.

E se i rami di quell'altrui albero pendono nello spazio d'aria che sovrasta a qualunque mio fondo, e ch'è pel § 297, mio, io posso da me stesso tagliarli senza ricorrere all'autorità del giudice, e se non voglio tagliarli, posso raccoglierne a mio vantaggio i frutti.

2.° Pel suddetto articolo poi, quello sul cui fondo s'inoltrano i rami del vicino può costringerlo a tagliarli.

Se poi le radici s'inoltrano nel di lui fondo, può egli stesso tagliarle.

Cioè se i rami dell'albero altrui a qualunque distanza esistenti s'inoltrano in qualunque mio fondo, non posso tagliarli da me stesso, ma deggio ricorrere al giudice perchè costringa il proprietario dell'albero a tagliarseli.

Posso tagliare però da me stesso e senza ricorrere al giudice le radici di quell'albero altrui che s'inoltrassero in qualunque mio fondo.

Se non esigo il taglio dei rami di quell'altrui albero, l'art. 672 del Codice Napoleone non mi dà diritto di raccoglierne a mio vantaggio i frutti.

Notisi bene che ho parlato di qualunque mio fondo, cioè di un terreno, di una casa, di un muro, di un corso d'acqua che sieno miei, e di ciò che sta loro di sopra o di sotto, cioè dello spazio al di sotto ed al di sopra ch'è mio per l'art. 552 del Codice Napoleone.

(c) Venga ora alla quistione toccata dal nostro autore nel § VII del presente Capo.

Il semplice usufruttuario di un fondo, ha come il proprietario di esso i diritti che a quest'ultimo danno sulle radici e sui rami dell'albero altrui il § 422 del Codice austriaco e l'art. 672 del Codice Napoleone?

E se gli ha, per qual fondamento legale spettano a lui ed al proprietario?

Quando dico albero, questa parola mi esprime la idea di una pianta che fra i vegetabili giunge ad una certa altezza e grossezza, e che consiste in un tronco che sporge dal suolo, le cui radici si estendono sotto terra, ed i cui rami ne coronano la parte superiore.

Mi esprime cioè la idea di un tutto le cui parti integranti e per natura unite sono il tronco, le radici ed i rami.

Dalla idea di questo tutto formato di parti integranti e naturalmente unite fra esse, mi deriva logicamente l'altra idea che chi è proprietario del tutto dee esserlo anche delle parti, cioè che in regola il proprietario dell'albero lo è tanto del tronco quanto delle radici e dei rami di esso.

E da ciò mi deriva pur logicamente l'altra idea che il proprietario del tutto, cioè dell'albero, lo è in regola delle parti, vale a dire oltre al tronco eziandio delle radici e dei rami anche quando quelle si sieno inoltrate nel fondo altrui e questi sieno pendenti nell'altrui spazio d'aria.

Queste regole dedotte dal diritto della ragione, mi sembrano confermate dal diritto positivo.

Per l'art. 552 del Codice Napoleone il proprietario del suolo lo è in regola anche di ciò ch'esiste superiormente ad esso.

Dunque anche dell'albero ch'esiste al di sopra di esso.

E pel § 421 del Codice austriaco è in regola proprietario dell'albero, quegli dal cui suolo ne sporge il tronco.

L'albero poi come ho detto è un tutto che comprende il tronco, le radici, i rami parti di quel tutto.

Dunque per le due legislazioni, chi ha la proprietà del suolo dal quale sporge l'albero, ha la proprietà di tutto esso che comprende quel tronco, quelle radici e quei rami.

Ed ha la proprietà oltre che del tronco anche delle radici e dei rami eziandio se quelle si sono estese nel fondo altrui e se questi pendono nell'altrui spazio d'aria. Infatti:

Per l'art. 672 del Codice Napoleone quegli sul fondo del quale s'inoltrano i rami del vicino, può costringerlo a tagliarli.

E quello nel fondo del quale s'inoltrano le radici del vicino può egli stesso tagliarle.

Digitized by Google

Quest' articolo per rispetto al proprietario di quel fondo, parla dei rami e delle radici del *vicino*.

Cioè esprime che quei rami e quelle radici sono proprietà del vicino.

Vale a dire dispone, che sono proprietà di colui sul suolo del quale esiste l'albero di cui sono parti.

E che in conseguenza non sono proprietà di colui sul fondo o nel fondo del quale si inoltrano perchè non ponno ad un tempo essere proprietà esclusiva dell' uno e dell'altro.

Pel § 422 poi del Codice austriaco, le radici ed i rami dell'albero altrui ponno essere, quelle svelte dal fondo proprio nel quale s' inoltrarono, e questi, se pendenti nel proprio spazio d'aria, tagliati, e se non tagliati goduti dal proprietario di quel fondo e di quello spazio d' aria.

Notisi bene che questo §, rispetto al proprietario di quel fondo e di quello spazio d'aria, parla dell' albero *altrui*.

Gli dà diritti sull' albero altrui.

Dunque non lo qualifica sua proprietà e non gli dà diritti su esso a titolo di proprietà.

Ora in quel tutto ch' è l' albero altrui, sono comprese anche le radici ed i rami che ne formano parte.

Dunque rispetto al proprietario del suddetto fondo e del suddetto spazio di aria, le radici ed i rami che gl' invadono, sono come l' albero intiero proprietà altrui.

Cioè sono proprietà di quegli ch' è proprietario del suolo dal quale sporge il tronco di quell' albero.

Ed anche qui, se sono proprietà di questo, esserlo non ponno di quel proprietario, perchè al tempo stesso essere non possono proprietà esclusiva di ambidue.

Non saprei poi come per le leggi civili italiana ed austriaca potessero invece essere proprietà di colui nel fondo o sul fondo del quale s' inoltrano.

Non potrebbero esserlo infatti se non come accessione di questo fondo.

Ma l' albero, cioè il tronco, le radici ed i rami che lo compongono, sono veramente accessione del fondo nel quale l'albero stesso è piantato, del fondo dal quale ne sporge il tronco.

Dunque quelle radici e quei rami non ponno essere al tempo stesso anche accessione dell' altro fondo nel quale o sul quale s' inoltrano.

Più particolarmente poi le radici ed i rami dell' albero se si vogliano considerare come pertinenze ed accessioni sono pertinenze ed accessioni del tronco di esso, e come tali spettano al suo proprietario.

Dunque non possono al tempo stesso esserlo anche del fondo dal quale o sul quale s' inoltrano e spettare perciò al proprietario di questo.

Ritenuto per tal modo che in regola io non sono proprietario delle radici e dei rami dell' albero altrui che s' inoltrano nel e sul mio fondo, i diritti che su quelle radici e su quei rami mi accordano l' art. 672 del Codice Napoleone ed il § 422 del Codice austriaco non mi spettano come loro proprietario.

E se io non sono loro proprietario, l'usufruttuario di quel mio fondo non è loro usufruttuario, perchè il suo usufrutto si estende soltanto a ciò ch' è mia proprietà, e quelle radici e quei rami non sono mia proprietà.

Dunque come loro usufruttuario non può avere su essi i diritti accordati dal suddetto articolo e dal suddetto paragrafo.

Ma pure quell' articolo e quel § m' accordano su essi quei diritti.

Se non mi spettano a titolo di proprietà di quelle radici e di quei rami, deggiono spettarmi per un altro fondamento legale.

Mi spettano pel titolo della proprietà del mio fondo e le suddette due disposizioni di legge lo dicono espressamente.

Come proprietario di quel fondo io ho in regola il diritto di non tollerare le radici dell' albero altrui che s' inoltrano nel mio suolo ed i rami di quell' albero che pendono sopra quel suolo.

Noto qui per incidenza aver ciò espressamente, e mi par giustamente, prescritto il § 287, titolo 9.°, parte 1.ª del Codice generale prussiano.

Come proprietario di quel fondo io ho in regola l' altro diritto d' impedire che il proprietario delle radici e dei rami in esso s' introduca per svellere le prime dal mio suolo e per tagliare ed approfittare dei fondi che pendono nel mio spazio d' aria.

Digitized by Google

Ciò spiega e mi par giustamente il Nippel ne' suoi Commenti al § 422 del nostro Codice civile.

Per effetto di ambidue quei diritti l'art. 672 del Codice Napoleone abilita me proprietario del fondo a tagliar da me stesso le radici del vicino che in quel fondo s'inoltrano, ed il § 422 del Codice austriaco mi abilita a svellere dal mio fondo quelle radici, ed a tagliare i rami dell'albero altrui pendenti nel mio spazio d'aria, o a goderne se non li taglio.

Per effetto del primo di quei diritti il suddetto art. 672 del Codice Napoleone mi abilita a costringere il vicino a tagliare que' suoi rami.

Tutto ciò che a me spetta come proprietario del fondo, mi sembra spettare in mio luogo all'usufruttuario di esso.

Anch'egli non può essere tenuto a tollerare che a danno del proprio usufrutto le radici dell'albero altrui ingombrino il mio fondo e traggano da esso il loro alimento e che gli altrui rami si stendano nel mio spazio d'aria ed ombreggino quel mio fondo.

Anch'egli dee avere il diritto d'impedire che il proprietario delle radici e dei rami invada il fondo del quale ha l'usufrutto per svellere quelle radici e tagliare quei rami.

Come usufruttuario del mio fondo egli è, contro chiunque, possessore del proprio diritto di usufrutto.

Se contro me proprietario, possedendo in mio nome egli non è possessore di quel mio fondo, ei figura però come possessore di fatto di esso in confronto ai terzi, in forza alla detenzione del fondo stesso, ed in forza al diritto che gli spetta di goderne l'usufrutto.

Possessore così in confronto a qualunque del diritto di usufrutto e figurando in confronto al terzo, qual possessore di fatto del fondo che gli dà quell'usufrutto, parmi che aver debba il diritto di non tollerare che le radici dell'albero altrui s'inoltrino in quel fondo e sopra di esso, ed impongano così ed al fondo ed all'usufrutto una servitù a favore del proprietario dell'albero, la quale ad esso non ispetta, nè per legge, nè per fatto dell'uomo.

E quando le radici ed i rami dell'albero altrui s'inoltrano nel e sul fondo del quale ha l'usufrutto, parmi che aver debba l'altro diritto d'impedire che il proprietario dell'albero s'introduca nel fondo stesso per isvellere quelle radici e tagliare que' rami, ed imponga così al fondo ed all'usufrutto un'altra servitù la quale nè per legge, nè per fatto dell'uomo gli spetta.

Ora se al pari del proprietario del fondo, gli spettano come usufruttuario di esso que' due diritti di non tollerare e d'impedire, parmi che per effetto di essi spettare gli debbano anche le facoltà che accordano a quel proprietario l'art. 672 del Codice Napoleone ed il § 422 del Codice austriaco.

Il primo motivo di un Decreto di appello portato a pagine 340 della Sezione II dell'*Eco dei Tribunali* pel 1854 e confermato in revisione, ha sancito il principio che un conduttore di un fondo figuri in confronto a' terzi quale possessore di fatto, essendo realmente tale in forza alla sua detenzione ed al diritto che gli spetta di godere i proventi del fondo stesso e di allontanare da sè i danni che altri gli volesse inferire.

Ad eguale se non a maggior ragione, dee ritenersi, e l'ho detto di sopra, che l'usufruttuario di un fondo del quale altri ha la proprietà figuri in confronto ai terzi qual possessore di fatto del fondo stesso.

(*d*) Vengo ora alle questioni toccate dal Cipolla al § VIII del presente Capo.

1.° Come ho detto nella precedente annotazione, quando le radici ed i rami dell'albero che sorge sul mio fondo e che in regola è mio, s'inoltrano nel e sopra il fondo altrui, aggravano quest'ultimo fondo di una servitù.

Ora se quest'ultimo fondo è comune a due o più comproprietarii, anche un solo

Digitized by Google

tarii, le radici ed i rami del mio albero che in esso e sopra esso s' inoltrino, aggravino indivisamente di servitù la porzione ideale assegnata o non assegnata ad ognuno di quei comproprietarii.

Dunque ognuno di essi potrebbe liberare la propria porzione ideale e quindi il fondo comune da quella servitù coll' esercitare i diritti che al proprietario del fondo stesso accordano le suaccennate disposizioni di legge.

Io proprietario dell' albero sono obbligato a soffrire che quei diritti vengano esercitati.

Mi sembra dunque di non aver ragione di oppormi se vengono esercitati da un solo anzichè da tutt' i comproprietarii di quel fondo comune.

Però il comproprietario che gli avesse esercitati violando le regole della comunione potrebb' essere chiamato dai proprii consorti a responsabilità.

Ma nei loro reciproci rapporti, mi sembra di non poter entrare per nulla.

Finalmente mi sembra che il § 422 del Codice austriaco non abbia disposto a caso che i diritti dei quali parla possano essere esercitati non *dal* proprietario ma da *ogni* proprietario.

Se ciò è, il diritto di esercitarli sarebbe accordato anche ad ogni comproprietario del suddetto fondo comune, che mi sembra compreso nella espressione di *ogni* proprietario.

2.° Se taluno senza averne verun diritto taglia o danneggia in qualunque modo il mio albero, se l' ha fatto con colpa dee risarcirmene il danno.

E se per trarne profitto e senza il mio consenso me ne sottraesse il tronco o le radici o i rami o le frutta o tutto l' albero, sarebbe inoltre colpevole di furto.

3.° Mi sembra che al proprietario del fondo sopra il quale pende e s' inoltra il tronco dell' albero altrui debbano spettare i diritti che sui rami gli accordano l' art. 672 del Codice Napoleone ed il § 422 dell' austriaco.

A mio credere quello che vale pei rami valer dovrebbe eziandio pel tronco.

4.° È regola di diritto che danno nato senza colpa non si risarcisce.

E che il caso fortuito è a pregiudizio di colui al quale arreca danno.

Dunque se mi sono in generale obbligato a risarcire il mio vicino d' ogni danno, e se la bufera sbarbicando gli alberi del mio campo e rovesciandoli sul suo ne avesse danneggiato le piante e le frutta, non sarei responsabile, perchè il danno sarebbe nato senza mia colpa e per mero caso fortuito.

Non sarei nemmeno responsabile se la bufera avesse sbarbicato e gittato sul fondo altrui i miei alberi per la loro vecchiezza.

Sta nel mio diritto di conservarli se anche vetusti, nè sono obbligato a distruggerli per evitare il danno eventuale che arrecar ponno al fondo altrui se la bufera sbarbicandoli su esso li getta.

Quel danno nasce sempre senza mia colpa e per mero caso fortuito.

Dunque a mio avviso non sono tenuto a ripararlo.

Invece il sarei se mi fossi obbligato specialmente a risarcire il danno causato dalla bufera o in generale o per la vetustà de' miei alberi in particolare.

(e) Pegli art. 31 e 36 del vigente Decreto italiano 20 maggio 1806, n.° 34, le strade ad uso pubblico non ponno in verun modo venir ingombrate.

Ora se un albero cade dal mio fondo sulla pubblica strada, e naturalmente la ingombra io proprietario di esso deggio levarnelo.

L' Autorità locale mi chiama a levarlo, e se nol faccio volontariamente n' eseguisce d' ufficio ed a mie spese il trasporto sul mio fondo e si rimborsa contro di me di quelle spese coll' uso della privilegiata esecuzione fiscale.

La polizia delle strade che non deggione rimanere ingombrate esige che ciò venga fatto, anche se avessi abbandonato od abbandonassi a quel momento l' albero con animo di non averlo più per mio, quando di bene così divenuto vacante secondo l' art. 539 del Codice Napoleone, non ne prendesse possesso e se lo trasportasse lo Stato, e quando secondo il § 386 del Codice austriaco non venisse fatto proprio per occupazione e non venisse trasportato da un membro dello Stato, occupante questo, che a mio avviso essere potrebbe anche l' Erario dello Stato stesso col mezzo dei legittimi agenti di esso.

Digitized by Google

(*f*) Cosa abbia luogo in diritto per le radici del mio albero che s' inoltrano sopra il fondo propinquo altrui, l' ho detto nell' annotazione *b* al Capo presente.

(*g*) Come ho detto nell' annotazione *c* al presente Capo l' albero ch' esiste sul mio fondo è in regola mio, per l' art. 552 del Codice Napoleone.

E pel § 421 del Codice austriaco è egualmente mio, quando il tronco ne sporga dal mio suolo.

Per ambedue le legislazioni in regola è mio anche se colle sue radici si alimenta nel fondo del vicino.

Al vicino spettano poi su quelle radici, pure in regola i diritti dei quali ho parlato nell' annotazione *b* al presente Capo.

(*h*) In quanto alla piantagione dell' albero altrui nel mio fondo o del mio albero nel fondo altrui, veggansi gli art. 554 e 553 del Codice Napoleone ed il § 420 del Codice austriaco.

(*i*) A chi senza averne diritto taglia gli alberi altrui o dopo tagliati se gli appropria è applicabile quanto ho detto al n.° 2 dell' annotazione *d* al presente Capo.

Se in quel modo parecchj tagliano un albero altrui, essi mi sembrerebbero responsabili del danno secondo i principii enunciati dai §§ 1301, 1302, 1304 del Codice austriaco.

Se l' albero tagliato è comune a più proprietarji, il risarcimento del danno mi sembrerebbe che dovesse consistere nel pagamento del valore di stima dell' albero stesso, pagamento che dovrebbe essere prestato a tutti essi.

Questi poi dovrebbero a mio avviso dividersi quel valore secondo i principii dell'altro § 839 del suddetto Codice austriaco.

Se dell' albero senza diritto tagliato da un terzo, taluno fosse direttario ed un altro enfiteuta, parmi che quel risarcimento spetterebbe a quest' ultimo, e non al primo al quale come ho detto nell' annotazione *c* al Capo XIV la proprietà diretta non dà in sostanza altro che i due principali diritti, uno futuro della consolidazione e l'altro presente della esazione del canone e delle altre convenute contribuzioni.

L' enfiteuta poi malgrado la mancanza dell' albero pagar dovrà al direttario l' intiero canone secondo il principio stabilito dal § 1134 del Codice austriaco.

E se uno fosse proprietario di quell' albero ed un altro ne avesse l' usufrutto, parmi che quel risarcimento dovrebb' essere pagato all' usufruttuario il quale potrà servirsene, ma coll' obbligo di restituirlo al finire dell' usufrutto come dicono l' art. 587 del Codice Napoleone ed i §§ 509, 510 dell' austriaco.

(*k*) Ho detto nell'annotazione *c* al presente Capo, che cosa mi sembri essere l'albero.

Credo non sia facile indicare con precisione quale altezza e grossezza aver debba una pianta per essere annoverata fra gli alberi.

Ne lascio poi la soluzione s' è possibile ai botanici.

In senso giuridico però mi sembra che la vite vada annoverata fra gli alberi.

Anch' essa, ha radici, tronco, rami che secondo i §§ 421, 422 del Codice austriaco sono le parti dell' albero.

Dunque per quel Codice può annoverarsi fra gli alberi.

L' art. 671 del Codice Napoleone parla di alberi di alto fusto, di altri alberi, e di siepi vive.

La vite non è certo nè un albero di alto fusto, nè una siepe.

Dunque sta fra gli alberi dei quali parla il suddetto art. 671.

Dunque pel Codice Napoleone può annoverarsi fra gli alberi.

L' art. 603 del Codice sardo, nel suo principio, parla in generale di alberi.

E specificando in seguito questi alberi distingue al n.° 1 gli alberi di alto fusto, al n.° 2 quelli di non alto fusto, ed al n.° 3 anche le viti.

Dunque sembra che consideri queste come alberi.

E ciò tanto più in quanto che distinguendole al suddetto n.° 3 dagli arbusti, dalle siepi vive e dalle piante da frutto tenute nane od a spalliera, fa d' uopo pur classificarle, e non saprei porle se non nella classe degli alberi, non potendo essere poste fra i suddetti arbusti siepi vive e piante tenute nane od a spalliera.

Digitized by Google

(*l*) Pel § 422 del Codice austriaco ho in regola diritto di tagliare i rami dell' albero altrui che pendono sopra il mio fondo.

E se non li taglio ho diritto di goderne cioè di appropriarmene i frutti.

Dunque se da quei rami pendenti sopra il mio fondo cadono su questo le frutta, io ho diritto di appropriarmele.

Le frutta poi dei rami pendenti sul fondo del padrone dell' albero, in regola spettano a lui.

Se esse cadono sul mio fondo io posso permettere al padrone dell' albero di entrarvi e raccogliersele.

Ma se ciò non volessi permettergli e rigorosamente parlando parmi che ne avrei diritto giacchè come proprietario del fondo, posso pel § 354 del suddetto Codice escludere ogni altro da esso, ho però l' obbligo di raccogliere per lui quelle frutta e di consegnargliele.

Ho detto poi al n.° 2 dell' annotazione *b* al presente Capo che se non costringo il vicino a tagliare i rami del suó albero che s' inoltrano sul mio fondo, l' art. 672 del Codice Napoleone non mi dà diritto di raccoglierne a mio vantaggio i frutti.

Meno ho poi diritto di appropriarmi quelli che stanno sui rami dell' albero altrui pendenti sopra il fondo del proprietario di quell' albero.

Se dunque dai rami dell' albero altrui pendenti sopra il mio fondo o dai rami pendenti sul fondo del proprietario dell' albero, ne cadono su quel mio fondo le frutta, io non ho diritto di appropriarmele.

Secondo il Pardessus pagine 177 del suo trattato delle servitù da me più volte citato, io sarei tenuto a permettere al loro proprietario di venir nel mio fondo in breve periodo a raccogliersele, prestandomi ove ne sia il caso indennizzazione.

(*m*) Se sul mio fondo sorge un albero altrui, e questo sia caduto e le radici di esso abbiano in quel fondo germogliato, parmi che radici e rampolli appartengano per accessione al proprietario dell' albero stesso.

Le radici, parti del suo albero, sono per certo sua proprietà.

E dovrebbero esserlo come accessione di esse anche i germogli che ne derivarono.

(*n*) L' usufruttuario di un fondo sul quale sono piantati alberi anche infruttiferi ad oggetto di renderne più ombrosi e più ameni i passeggi non può reciderli, perchè per la loro destinazione deggiono essere conservati, e perchè recidendoli intaccherebbe la sostanza che dee lasciar salva.

Nessuno poi può tagliare gli alberi che ombreggiano le pubbliche vie dei quali ho parlato al n.° III 4.° dell' annotazione *a* al presente Capo senza l' assenso dell' Autorità incaricata della conservazione e della polizia di quelle strade.

Facendolo senza quell' assenso si esporrebbe a responsabilità.

Digitized by Google

CAPUT LXXXII.

DE SEPULCHRO.

I. *Sepulchrum est locus, ubi corpora ossave hominis condita sunt.* — II. *Locum religiosum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert.* — III. *Sepulchrum si quispiam effodere voluerit, quantum spatii relinquere debeat.* — IV. *Viam ad sepulchrum qui non habet, precario a vicino impetrare potest, et si concedere noluerit, qua actione coyi poterit.* — V. *Religiosi non habentes in loco suo locum eis congruum, petere possunt, quod propter religionis favorem loca eis condecentia assignentur.* — VI. *Porticum aut stillicidium si quispiam in sepulchrum immiserit, qua actione contra eum agi possit.* — VII. *Sepulchra antiquorum quae erant, et quid recentioribus temporibus de cadaveribus sepeliendis cautum fuerit.* — VIII. *De sepulturae loco quantum ad effectum non curatur, quoniam domini est terra, et plenitudo ejus.* — IX. *Sepeliri apud quam ecclesiam quis debeat.*

I. *Sepulcrum est locus ubi corpus ossave hominis condita sunt* (1), *et varia nomina sepulchri vide per gloss.* (2) *et per Flor.* (3).

II. *Locum religiosum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum:* ut Instit. de rerum divis. § religiosum; *vide etiam ibi postea quid de loco communi vel alieno, vel in quo aliquis habet usumfruct. et ille locus dicitur religiosus, in quo est caput hominis* (4). *Et si caput divisum est in plures partes et positum in diversis locis: ille locus dicetur religiosus, in quo est melior pars capitis, et si partes sint aequales, neuter erit religiosus* (5), *quam not. pro ludentibus ad plastellam, vel ad par et impar: quando*

(1) *L. 2. § sepulchrum, de relig. et sumpt. fun.*
(2) *In l. cuiusumque § idem ait, de instit. act.*
(3) *In l. familiaria, cum l. seq. in § si adhuc, de religios.*

CAPO LXXXII.

DEL SEPOLCRO.

I. Il sepolcro è quel luogo nel quale riposano il corpo o le ossa di un uomo. — II. Chiunque può di sua volontà rendere religioso un luogo, quando seppellisca un morto. — III. Se taluno voglia scavare un sepolcro, quanti piedi deve lasciar liberi? — IV. Chi non possede la strada per al sepolcro può a titolo di precario chiederla al vicino, e se questi non voglia concederla, con quale azione possa venire costretto? — V. I religiosi che non hanno luogo adattato nel proprio, possono chiedere che per favore di religione loro vengano assegnati luoghi condegni. — VI. Se alcuno avrà immesso il portico o lo stillicidio nel sepolcro, con quale azione si possa agire contro di lui? — VII. Quali fossero i sepolcri degli antichi, e che cosa sia stato stabilito ne' tempi vicini circa il seppellimento de' cadaveri? — VIII. Rispetto allo effetto non si bada al luogo della sepoltura, perchè la terra in tutta la sua estensione appartiene al signore. — IX. Presso qual chiesa ciascuno debba essere sepolto.

I. Sepolcro è quel luogo nel quale riposa il corpo o le ossa di un uomo, e varii sono i nomi co' quali s' appella, come puoi vedere nella Glossa ed in Floriano.

II. Chiunque di sua volontà fa religioso il suo luogo quando vi seppellisca un morto, come nelle Istituzioni *de rer. divis.* § *religiosum* e vedi ivi poscia, che sia disposto circa il luogo comune o d'altrui, o di quello nel quale altri ha l'usufrutto. E religioso si dice quel luogo, nel quale giace la testa di un uomo; e se la testa è divisa in più parti e posta in diversi luoghi, quello si dirà religioso in cui riposa la maggior parte di essa; e se le parti sono eguali, nessuno sarà religioso; lo che deve notarsi per quelli che giocano alla piastrella, od al pari e dispari,

(4) *L. cum in diversis de relig.*
(5) *Gloss. est not. in d. § religiosum.*

Digitized by Google

plastella scinditur, et minus, scissus reperitur, inspicitur ubi est major pars, et si partes sunt aequales, neuter valet.

III. *Si quis sepulchrum effodere voluerit, quantum profunditas est tantum relinquat* (1), *quod exspone sicut dictum supra de fovea, in princ. Servitus itineris ad sepulchrum, privati juris manet: et ideo remitti domino fundi servitus potest, et acquiri etiam post religionem sepulchri haec servitus potest* (2).

IV. *Qui non habet viam ad sepulchrum, potest illam impetrare precario a vicino, et si concedere noluerit, poterit compelli non jure actionis, sed extra ordinem, id est, officio judicis, vendere justo pretio iter cogitur, per eum tamen locum, per quem vicinus minus laedatur,* l. si quis sepulchrum, in prin. de relig. *Per quam l. dixit ibi Guiliel. quem sequitur Floren.*

V. *Quod religiosi non habentes in loco suo locum eis convenientem vel sufficientem, possunt petere, quod loca eis condecentia assignentur, propter favorem religionis, et hac ratione cogitur vicinus eis vendere domum, quia favore publicae utilitatis compellitur quis vendere rem suam* (3), *et idem tenet Flor.* (4) *et idem tenet Angel.* (5) *qui dicit de facto obtinuisse Guil. de Cun. ut refert ipse Guil.* (6) *et idem tenet Bald.* (7) *et idem Joan. de Ana.* (8) *qui dicit, quod hoc procedit, non tantum in ecclesia aedificata, sed etiam aedificanda, quia magis favetur ecclesiis de novo fundatis, quam jam constitutis, et ratio esse potest: quia de novo constituenda religio magis viget* (9). *Ego plus dico, quod ista procedunt non solum in ecclesiis aedificandis, sed etiam pro claustro et pro domibus de novo faciendis, aut agendis necessariis pro monasterio virorum, et monialium eadem ratione, et ita*

perchè, quando la piastrella si spezza e la parte minore spezzata si ritruova, si guarda ove sia la parte maggiore, e se le parti son eguali, nessuno vince (*a*).

III. Se taluno vuole scavare un sepolcro, lasci libero tanto terreno quant'è la profondità della fossa; lo che spiega secondo che fu detto circa la fossa. La servitù della strada per al sepolcro rimane di privato diritto; e perciò può essere rimessa al padrone del fondo, ed acquistarsi eziandio dopo la religione del sepolcro.

IV. Chi non ha la strada per andare al sepolcro può impetrarla dal vicino a titolo di precario; e se questi non voglia concederla, potrà essere forzato a dargliela, non già mediante azione, ma bensì straordinariamente, cioè mediante l'officio del giudice sarà costretto a vendere la strada a giusto prezzo, in quel sito però per il quale minor danno risenta, come dispone la legge *si quis sepulc. in princ. ff. de relig.*, per la quale Guglielmo da Cunio seguito da Floriano disse (*b*),

V. Che i religiosi, che non hanno nel loro luogo sito conveniente o sufficiente per seppellire, possono chiedere che loro vengano assegnati luoghi opportuni a tal uopo per favore di religione; e per questa ragione il vicino è costretto a vendere ad essi la casa, perchè in favore della pubblica utilità ciascuno è compulso a vendere la cosa sua, e così pure opinano Floriano ed Angelo, il quale dice, che così giudicò Guglielmo da Cunio, come riferisce questo stesso; ed eguale opinione professano Baldo e Giovanni d'Anagni, il quale soggiunge, che ciò procede non solamente nella chiesa già fabbricata, ma eziandio in quella da fabbricarsi, perchè maggiormente si favoriscono le chiese che si fondano nuovamente, che quelle già fondate, e la ragione può esser questa: che rispetto alla chiesa da fondarsi la religione ha maggior forza. Io poi dico di più, che queste cose procedono non solo per le chiese da fabbricarsi, ma eziandio pel chio-

Digitized by Google

singulariter et perpetuo tene menti: et idem dicas pro scholis fabricandis (1).

VI. *Si quis porticum aut stillicidium in sepulchrum immiserit, etiam si ipsum monumentum non tangat, recte cum eo agi potest, quod vi aut clam in sepulchro factum sit: quia sepulchrum est, non solum is locus, qui recipit humationem, sed omne etiam supra id coelum: ideoque nomine sepulchri violati agi potest* (2).

VII. *Ultimo not. quod olim solebant corpora majores nostri in domibus propriis sepelire, sed propter cadaveris faetorem statutum fuit, quod extra civitatem sepelirentur, et poena statuta contra facientes sepulchra in civitate, et magistratus patientis hoc fieri* (3) *permittebat enim sepulchra vel in coemiterio, vel in alio loco ad hoc deputato, vel sacrificato, vel in propriis praediis et quicunque locus per illationem corporis mortui religiosus efficiebatur* (4). *Verum quia per hoc damnificabatur dominus loci, fuit provisum* (5), *nunc vero permittitur in civitatibus sepeliri, et aliis locis consecratis secundum conditionem personarum.*

VIII. *Quantum autem ad effectum, non curatur de loco sepulturae: quia domini est terra, et plenitudo ejus* (6).

IX. *Apud quam ecclesiam quis debeat sepeliri? Dic apud illam, quam elegerit* (7) *dummodo relinquat ecclesiae parochiali partem* (8). *Sed in sepulturis parentum filii collocandi sunt* (9).

larmente e perpetuamente ricorda; e di' pure lo stesso circa le scuole da costruirsi (*c*).

VI. Se taluno avrà immesso il portico o lo stillicidio nel sepolcro, ancorchè non tocchi lo stesso, nondimeno si potrà agire contro di lui coll'interdetto, che per forza o di soppiatto operò pel sepolcro; perchè è sepolcro, non solamente quel luogo che ricetta il cadavere, ma eziandio tutto ciò che vi sta sopra; dond'è, che si potrà agire pel titolo di violato sepolcro (*d*).

VII. Da ultimo nota, che un tempo solevano i nostri antenati seppellire i cadaveri nelle proprie case, ma in causa del fetore che tramandavano fu stabilito che fossero sepolti fuori della città, e vennero decretate pene contro coloro che costruissero sepolcri in città, e contro i magistrati che soffrissero tal fatto. Conciossiachè i nostri maggiori permettessero, che si costruissero sepolcri, o nel cimitero, od in altro luogo a ciò destinato e consacrato, o nei proprii fondi, e qualunque luogo si fosse per il sotterramento di un cadavere diventava religioso. Siccome però in causa di ciò il padrone del luogo risentiva detrimento, così fu provveduto col titolo *de religiosis*. Ora poi si permette di seppellire nelle città e negli altri luoghi consecrati, secondo la condizione delle persone.

VIII. Rispetto poi allo effetto, non si bada al luogo della sepoltura, perchè la terra tutta nella sua pienezza appartiene al Signore.

IX. E presso qual chiesa ciascuno deve essere sepolto? Rispondi: presso quella che avrà scelto, purchè lasci alla chiesa parrocchiale ciò che per diritto le spetta. Ma i figli poi devonsi collocare nelle sepolture de' padri loro (*e*).

(1) *Ut not. Flor. in d. l. si quis sepul. in prin. et not. Dd. in d. l. 1. soln. matr.*
(2) *L. si vitem, § pen. quod vi aut clam.*
(3) *Est in l. 3. § divus Hadrianus de sepulchr. viol. et l. mortuorum de relig.*
(4) *L. 2. in princ. et § praetor ait, de relig.*
(5) *Per d. tit. de relig. ut l. 2. § 1. et § is qui eod. tit.*
(6) *13. quaest. 5. ubicumque, facito sacrum, de sepul. et not. Flor. in rubr. de relig.*
(7) *Ut habetur 13. quaest. 3. in summa.*
(8) *Extr. de sepul. c. de his, et c. cum super, et habetur in c. fin. eod. tit. l. 6. et in Clem. dudum § verum, de sepulch.*
(9) *De quo dic ut habetur 13. quaest. 2. cedisem, et c. placuit.*

ANNOTAZIONI AL CAPO LXXXII.

Digitized by Google

Havvi eccezione pei Vescovi che ponno venir tumulati nei sepolcri loro assegnati per antico costume nelle cattedrali od in altri luoghi sagri come stabilì l' art. 25 del Regolamento sul seppellimento dei cadaveri umani portato dalle notificazioni dei Governi della Lombardia e della Venezia 20 ottobre 1838, notificazioni sulle quali rivolgo l' attenzione dei miei lettori, perchè modificarono e completarono le più vecchie prescrizioni nella materia.

La circolare poi del Governo di Lombardia 30 settembre 1839 raccomandando la più rigorosa osservanza delle prescrizioni che impediscono il seppellimento in privati sepolcri, ha inculcato, che nelle proposizioni in casi speciali per siffatte concessioni, debbansi avere in mira titoli eminenti di merito, o la circostanza, che l' esaudimento della domanda portasse la instituzione di qualche celebrazione di messe nella chiesa od oratorio presso il sepolcro privato, il quale benefizio potesse poi darsi in titolo a cherici per essere ordinati sacerdoti.

In quanto alle fosse nei cimiteri veggasi l' art. 15 del suddetto Regolamento.

Se nel luogo sacro nel quale ponno essere sepolti i vescovi od in sepolcri privati conceduti dall' Autorità dovessero venir scavate fosse, parmi ch' esse dovrebbero avere la profondità e gl' interstizii di cui parla il suddetto articolo.

I cimiterii ed i luoghi sacri in cui ponno venir sepolti i vescovi hanno necessariamente strada che vi conduce.

Non posso immaginar poi che taluno ottenga il permesso di costruirsi e si costruisca un sepolcro privato, senza prima, se pubblica via non vi conducesse, essersene assicurata la strada, o pei proprii fondi, o pei fondi altrui acquistando su questi la proprietà di quella strada, od il diritto od almeno il permesso, del passaggio ogni qual volta sia necessario.

Ma se per impossibile il sepolcro privato non avesse quel passaggio?

Il frammento 12 in principio libro XI titolo 7 del Digesto decide la quistione nel seguente modo:

Si quis sepulchrum habeat, viam autem ad sepulchrum non habeat, et a vicino ire prohibeatur: Imperator Antoninus cum patre rescripsit iter ad sepulchrum peti precario et concedi solere, ut quoties non debetur, impetretur ab eo qui fundum adjunctum habeat. Non tamen hoc Rescriptum quod impetrandi dat facultatem, etiam actionem civilem inducit, sed extra ordinem interpelletur. Praeses enim compellere debet juxto pretio iter ei praestari, ita tamen ut judex etiam de opportunitate loci prospiciat ne vicinus magnum patiatur detrimentum.

Ciò è pel diritto romano.

Se a chi non ha passaggio per andare al sepolcro, altri per un fondamento di diritto civile sia obbligato a darglielo, e vi si rifiuti, il giudice lo astringerà a fornirglielo pei propri fondi.

Qui non può esservi quistione.

Se chi non ha quel passaggio lo domandi al vicino pe' di lui fondi, e questo glielo conceda, anche qui non può esservi questione.

Ma se questi lo neghi, allora colui al quale manca lo impetrerà dal giudice non con azione civile, ma fuor d' ordine, vale a dire a mio credere non pei privati ma pei pubblici riguardi.

Il giudice poi per quei pubblici riguardi astringerà il rifiutante a dargli quel passaggio, verso pagamento di giusto prezzo, ed in modo che il vicino risenta dal passaggio stesso il minore possibile danno.

Forse si potrebbe dire lo stesso per le leggi austriaca ed italiana.

Da un lato i riguardi della pubblica salute esigono che i morti abbiano sepoltura.

Dall' altro lato la pubblica Autorità che ha conceduto a taluno un sepolcro privato, dee prestarsi perchè la concessione non sia frustranea, e ch' egli seppellirvi possa i proprii morti.

Se per eseguir ciò, passar dee pei fondi altrui, ed il passaggio gliene venga negato, pare che quell' Autorità debba in via amministrativa obbligare il rifiutante a concederlo però verso conveniente indennizzazione ed in modo che gli arrechi il minore possibile incomodo e danno.

Pel § 495 del Codice austriaco se l' uso dei passaggi o delle strade è impedito per inondazione o per altro accidente, prima di tutto la politica Autorità pei pubblici ri-

Digitized by Google

guardi provvede perchè fino a che cessi l' impedimento venga assegnato altro spazio, e se essa non provvede, lo assegna il giudice civile.

D' altronde pel § 365 di quel Codice quando la pubblica utilità lo esiga, dobbiamo cedere anche la nostra piena proprietà verso conveniente indennizzazione.

Ora anche, almeno per l' analogia di queste disposizioni di legge, non potrebbe per avventura dirsi che mancando, e rifiutato il passaggio per accedere ad un sepolcro privato, l' Autorità amministrativa debba per pubblici riguardi farlo accordare, verso indennizzo e nel modo il meno incomodo e dannoso, dal proprietario dei fondi pei quali può aver luogo?

Gli art. poi 682—684 del Codice Napoleone accordano diritto di passaggio sui fondi de' suoi vicini, per la coltivazione del proprio podere, verso proporzionata indennizzazione, per la via più breve e col minore possibile danno al proprietario i cui fondi sono circondati da ogni parte e che non ha veruna uscita sulla pubblica strada.

Quei medesimi pubblici riguardi che diedero motivo a siffatta disposizione, non potrebbero per avventura in forza dell' analogia dei casi far accordare al proprietario di un sepolcro privato la via della quale mancasse onde accedervi, pei fondi altrui verso le suddette condizioni?

(*c*) Giusta la precedente annotazione *b* anche i Religiosi deggiono venir sepolti nel cimitero del loro Comune.

Varrebbe poi ciò che ivi ho detto, se fossero Vescovi tumulabili nelle loro cattedrali o in altri luoghi sacri, oppure se potessero essere tumulati in privato sepolcro.

(*d*) Ho detto all' annotazione n.° 2 *c* al Capo XVI che un cimitero e per la stessa ragione anche un sepolcro privato può essere assoggettato a servitù secondo la legge civile, quando con ciò non venga tolta o turbata la sua religiosa destinazione.

Sotto questa condizione parmi che un cimitero ed un sepolcro privato possano essere aggravati delle servitù del portico e dello stillicidio.

Che se alcuno senza diritto si arrogasse su esso quelle servitù, il loro proprietario avrebbe parate le azioni delle quali ho parlato nell' annotazione *d* al Capo II, allorchè ho fatto cenno delle azioni sulle servitù in ispecie.

Mi sembra però che l' arrogarsi le suddette servitù non possa chiamarsi violazione di sepolcro.

Le violazioni del sepolcro sarebbero quelle delle quali parla il § 306 del Codice penale austriaco del 1852.

Credo poi che ad esse alluder voglia l' art. 360 del Codice penale italiano.

(*e*) Per quel che riguarda i §§ VII, VIII e IX del presente Capo, sembrami di aver detto abbastanza nell' annotazione *c* n.° 2 al Capo XVI e nelle precedenti annotazioni *a b c*.

Digitized by Google

Digitized by Google

DELLE

SERVITÙ PREDIALI RUSTICHE.

I. SERVITUTES RUSTICORUM PRAEDIORUM QUAE SINT.

I. *Servitutes rusticorum praediorum sunt hae: Iter, Actus, Via, Aquaeductus, Aquaehaustus, Pecoris ad aquam appulsus, Jus pascendi, Calcis coquendae, Arenae fodiendae, Licere altius tollere et officere praedio vicini, Domum* (*), *vel praetorium, vel protectum habere: Licere habere iter, ut boves per quos fundus colatur, in vicino agro pascantur, coactique habeantur. Item ut pedamenta ad vineam ex vicini praedio sumantur. Item vicino cujus lapicidinae fundo tuo immineant, jus esse terram in fundum jacere, saxa posita habere, et ut in tuum lapides pervolvantur, ibique positae habeantur, indeque exportentur. Item tugurium mihi licere habere in tuo et his similibus* (1). *Nunc de singulis videamus, et primo de itinere.*

(*) *Domum.* Quomodo capiatur verbum domus,

I. QUALI SIENO LE SERVITÙ DEI PREDII RUSTICI.

I. Le servitù dei predii rustici sono queste: il passaggio, la condotta, la strada, l'acquedotto, l'attinger acqua, l'abbeverare il bestiame, il diritto di pascolo, di cuocer calce, di cavare sabbia, di ergere più alto e torre la luce al vicino, il tenere la casa sporgente (*), ó il pretorio, o lo sporto, l'avere il passaggio, onde i buoi, co'quali si coltiva il fondo, pascolino nel campo vicino e stieno uniti. Così pure la servitù di prendere dal fondo del vicino le pertiche necessarie per la vigna. Così pure il diritto del vicino, la cui cava di pietre sta sopra il tuo fondo, di gettare in questo il terreno e di collocarvi i sassi, ed il diritto di rotolare le pietre nel tuo fondo, di tenerle in esso e di asportarle poscia. Così pure la facoltà di tenere una capanna nel tuo fondo, e simili, come ne' testi. Ora trattiamo di ciascuna di esse, e primamente del passaggio.

(*) *Casa.* In qual modo si pigli la parola *casa*,

Digitized by Google

Digitized by Google

CAPUT I.

DE SERVIVUTIBUS ITINERIS.

I. *Iter est jus hominis eundi, ambulandi, nec non jumentum agendi, vel vehiculum.* — II. *Ire ab ambulare in quo differat.* — III. *Promittat si quis uni iter, jus et servitutem sibi promittere videtur, secus qui factum promittit.* — IV. *Itineris servitutem qui habet, an possit ire, nedum pedes, sed etiam eques.* — V. *Servitutem itineris habens, si velit ducere jumentum, et plaustrum onerutum frumento, vel aliis rebus et etiam ipse ascendere, an super servientis fundum transire valeat.* — VI. *De loco servitutis itineris si dubitetur, arbiter, vel communis amicus, qui hoc dirimere debeat, assumi debet.* — VII. *Servitutem itineris habens, si locum elegerit, licet amplius variare non possit, ille tamen qui servitutem concessit, bene potest, si absque alterius in commodo fiat.* — VIII. *Iter vel alia servitus si legetur sine ulla loci determinatione, electio ad quem spectabit, an scilicet ad promittentem, seu ejus haeredem, an ad illum, cui servitus legata vel promissa fuerit.* — IX. *Iter ad praedium duorum commune si legetur, nec legatarii de itineris loco consentiant, quid juris.* — X. *Itineris latitudo quanta esse debeat.* — XI. *Via cujus latitudinis esse debeat.* — — XII. *Iter aut actum per certum locum si quispiam alicui cesserit, an possit uni vel pluribus per eundem locum, vel iter, vel actum cedere.* — XIII. *Aquaeductum si alii concessero, an alteri iter per eundem locum dare vel cedere potero.* — XIV. *Itineris servitus sicut in certa fundi parte constitui potest, ita etiam pro certa temporis parte.* — XV. *Fundi servientis et dominantis dominus qualiter servientis fundo uti possit: et ad quid dominus fundi servientis teneatur.* — XVI. *Iter actus, viae et aquaeductus per fundum tuum si emerim, an ad vacuae possessionis traditionem teneatur.* — XVII. *Fundus venditus si servitutem alteri debeat an in hoc emptori venditor teneatur.* — XVIII. *Fundi venditor qualiter teneatur, quando servitutem non expressit, quae in fundo vendito debetur, vel fundi venditi conditionem, et eam emptor ignoravit.* — XIX. *Possessionem qui tenetur vacuam tradere, an libere-*

CAPO I.

DELLE SERVITÙ DI PASSAGGIO.

I. Il passaggio è un diritto spettante ad un uomo di passare, di camminare, di condurre un giumento od un carro. — II. In che differisca il passare dal camminare. — III. Se alcuno promette ad un altro il passaggio, sembra promettergli il diritto e la servitù; non già colui che promette un fatto. — IV. Se chi ha la servitù del passaggio possa andare non solo a piedi, ma eziandio a cavallo. — V. Se chi ha la servitù del passaggio, qualora voglia condurre un giumento ed un carro carico di grano o di altra roba ed inoltre montarvi su egli stesso, possa in cotal guisa passare pel fondo serviente. — VI. Qualora si dubiti circa il luogo in cui deve esercitarsi la servitù di passaggio, è necessario eleggere un arbitro od un amico comune che risolva tale dubbio. — VII. Sebbene quegli che possiede la servitù di passaggio, qualora abbia scelto il sito in cui esercitarla, non possa più mutarlo, nondimeno chi gliela concesse può farlo, purchè muti senza incomodo altrui. — VIII. Se vien legato il passaggio od un' altra servitù senza alcuna determinazione di luogo, a chi spetterà la scelta? forse al promittente od al di lui erede, oppure a colui cui la servitù fu legata o promessa? — IX. Che di diritto, se viene legato il passaggio per un fondo comune a due persone, e i legatarii non vanno d'accordo circa il luogo del passaggio? — X. Quanta debba essere la larghezza del passaggio. — XI. Di che larghezza esser debba la strada. — XII. Se, qualora uno abbia il passaggio o la condotta su un certo luogo od un altro, possa ancora concedere questo o quello od un altro, od a più altri nello stesso sito. — XIII. S'io avrò ceduto l'acquidotto ad alcuno, potrò dare o concedere il passaggio ad un altro per lo stesso luogo? — XIV. Come la servitù del passaggio si può costituire in una certa parte del fondo, così pure si costituisce per certo spazio di tempo. — XV. In qual modo il padrone del fondo serviente, e quello del dominante possano usare del fondo serviente; ed a che sia obbligato il padrone del fondo serviente? — XVI. Se io avrò comperato il passaggio, la condotta, la strada e l'acquidotto per il tuo fondo, sarai tu forse tenuto a consegnarmi il vacuo possesso? — XVII. Se il fondo venduto è obbligato a servitù verso un altro, il venditore è forse tenuto per ciò verso il compratore? — XVIII. In qual modo sia tenuto il venditore del fondo quando non manifestò la servitù cui era obbligato, oppure il suo stato, e questo fu ignorato dal compratore. — XIX. Se quegli ch'è tenuto a con-

Digitized by Google

tur, si rem tradat, quae alteri servitutem praedialem debeat. — XX. *Iter si excipere deberem, puta quia sic in contrahendo conveneram, et tamen fundum liberum per errorem tradidi, quomodo mihi succurratur.* — XXI. *Fundus servitutem itineris debens alluvione occupatus, quomodo in pristinam servitutem restitui debeat.* — XXII. *Fundum per alienum an quis ire seu transire valeat, et an dominus volentes ire vel transire per fundum suum prohibere possit.* — XXIII. *Fundum meum ingredi volentem propria manu et authoritate repellere possum.* — XXIV. *Agrum per alienum ire fas est, si dominus non prohibeat: jus tamen non est, si dominus ipse prohibeat.* — XXV. *Itineris, sive eundi in fundum meum, ut quis in quasi possessione sit: itaque eum quominus eat, impedire non possim, et si impediam de itinere actumque privato tenear, quot requirantur.* — XXVI. *Servitutem inter affirmativam et negativam quae differentia sit.* — XXVII. *Jure aliquo suo quod quispiam usus fuerit, quomodo probetur.* — XXVIII. *Itinere per seipsum quod aliquis usus fuerit, an sufficiat, et an satis sit, quod alius pro se iverit.* — XXIX. *Itinere per vicini fundum si quispiam usus fuerit, usque ad illum locum, ad quem est ingressus, est in quasi possessione, et si competit interdictum de itinere actuque privato.* — XXX. *Viae usum sciente et patiente adversario an retinere necesse sit.* — XXXI. *Itinere vel actu si quispiam usus sit, sufficit: nec desideratur, quod servitus constituta fuerit, vel videbatur.* — XXXII. *Itinere vel actu quod quis usus fuerit non vi, non clam, nec precario, quomodo probetur, et cui hoc onus probandi incumbat.* — XXXIII. *Servitutem habenti rusticam, jure magis consulitur, quam habenti servitutem urbanam.* — XXXIV. *Fundum per alienum quod quis iverit saltem per 30. dies, et propter hoc in quasi possessione esse dicatur, quae inde utilitas resultat.* — XXXV. *In possessione juris illud vulgare locum habet, vim vi licet repellere.* — XXXVI. *In servitutibus incorporalibus, quae causam discontinuam habent, quispiam in quasi possessione esse dicitur, etiam si nullo modo sufficienti tempore usus esset.* — XXXVII. *Dominus eum, qui est in quasi possessione juris eundi per fundum suum, quomodo expellere poterit.* — XXXVIII. *Interdictum de itinere actuque privato reficien. quibus competat, et quae, ac quot ipsum consequantur.* — XXXIX. *Interdictum de itinere actuque reficien. an aliud sit ab interdict. de itinere actuque privato et ita an duo interdicta sint, vel unum tantum duo capita habens.* — XL. *In interdicto de itinere actuque privato reficien. quis servitutem constitutam probare necesse habeat.* — XLI. *In interdicto de itinere actuque privato refician. quare quispiam duo probare necesse habeat, scilicet se usum hoc anno fuisse, et servitutem sibi constitutam esse.* — XLII. *In interdicto de itinere actuque, etc. quare si me esse in quasi possessione viae, itineris vel actus probem, necesse probare habeam, quod servitus mihi invito constituta sit, et caetera quae sequuntur.*

segnare il vacuo possesso si liberi, da ogni briga, consegnando la cosa, ch' è vincolata da una servitù prediale verso un altro. — XX. Se io avessi eccettuato il passaggio, per esempio, perchè così avea convenuto nel contratto, e nondimeno per errore ti consegnassi il fondo libero, in qual modo sarò io soccorso? — XXI. In qual modo si debba rimettere nella pristina servitù il fondo innondato che deve la servitù di passaggio. — XXII. Se alcuno possa andare o passare pel fondo altrui, e se il padrone possa proibirlo a coloro che vogliono passarvi. — XXIII. Colle mie proprie mani ed autorità posso respingere chiunque voglia entrare nel mio fondo. — XXIV. È lecito passare per l'altrui campo, ove il padrone non lo proibisca; tuttavolta non è diritto, se lo stesso padrone il divieta. — XXV. Quante cose si richieggano perchè alcuno sia nel quasi possesso del passaggio o di passare pel mio fondo, così che io non possa impedirgli di andarvi, e se glielo impedissi, sia tenuto coll' interdetto del passaggio e della condotta privata. — XXVI. Qual differenza esista fra la servitù affermativa e la negativa. — XXVII. In qual modo si provi che taluno abbia usato di alcun suo diritto. — XXVIII. Se basti che alcuno abbia fatto uso del passaggio da sè stesso, oppur se basti che un altro sia passato per lui. — XXIX. Se taluno ha usato del passaggio pel fondo del vicino sino a quel luogo nel quale è l' ingresso, egli è nel quasi possesso, e gli compete l' interdetto di passaggio e condotta privata. — XXX. Se sia necessario conservar l'uso della strada con iscienza e pazienza dell'avversario. — XXXI. Basta che alcuno abbia usato del passaggio o della condotta, nè si richiede che la servitù sia stata costituita o sia dovuta. — XXXII. Come si provi che alcuno abbia usato del passaggio o della condotta, nè violentemente, nè precariamente, nè di soppiatto, ed a chi incomba l'onere della prova. — XXXIII. È meglio soccorso dal diritto chi ha una servitù rustica, che non chi ne ha una urbana. — XXXIV. Quale vantaggio risulti da ciò, che alcuno sia passato pel fondo altrui almeno per 30 giorni, e per ciò si dica essere in quasi possesso. — XXXV. Anche nel quasi possesso del diritto procede l'adagio, ch' è permesso respinger la forza con la forza. — XXXVI. Nelle servitù incorporali, che hanno una causa discontinua, taluno si dice essere in quasi possesso, anche se in niun modo avesse usato nel tempo necessario. — XXXVII. In qual modo il padrone possa espellere colui, che è nel quasi possesso del diritto di passare pel di lui fondo. — XXXVIII. A chi competa l'interdetto del passaggio e della condotta privata da ristaurarsi, e quali cose per esso si conseguano. — XXXIX. Se l'interdetto del passaggio e della condotta da ristaurarsi sia cosa diversa dall'interdetto del passaggio e della condotta privata, e per tal modo se siano due interdetti, od uno solo avente due capi. — XL. Nell'interdetto del passaggio e della condotta privata da ristaurarsi è necessario provare la servitù costituita. — XLI. Perchè nell'interdetto del passaggio e della condotta privata da ristaurarsi sia necessario a chi la esercita provare due cose, cioè di avere usato nell'anno corrente, ed essergli stata costituita la servitù. — XLII. Perchè, se in questo interdetto io provo d'essere in quasi possesso della strada, del

Digitized by Google

aliter intelligi potest, videlicet jus eundi, scilicet plane ambulandi, scilicet currendo (1).

II. *Ex quo not. secundum Angel. et Paul. de Castr.* (2) *differentiam inter Ire et Ambulare. Nam Ire dicitur qui solus et plane vadit: Ambulare vero dicitur cum socio, etiam currendo vel cantando. Sed quid habet iter, habet utrumque. Si autem haberem alterum tantum, puta, si conceditur* (1*) *mihi quod possim ire per fundum tuum, non possem ambulare cum socio vel currendo ire: et sic verba instrumenti sunt inspicienda, secundum dictum Paul.* (3).

III. *Et ex hoc not. aliud, quod ille qui promittit uni iter, videtur promittere sibi jus et servitutem, et per consequens quod possit ire et ambulare. Sed qui promittit uni, quod possit ire, videtur promittere factum* (2*), *et sic solum ire non ambulare* (4), *quod est notabile, quod fiunt hujusmodi instrumenta. Quandoque tamen iter non est servitus, ut si fructuario detur a domino alterius predii* (5). *Quandoque etiam iter grosso modo dicitur quaelibet per via, per quam itur* (6). *Et ideo iter quandoque dicitur via, sed improprie* (7).

IV. *Sed quaeritur, nunquid ille qui habet servitutem itineris, possit ire, nedum pedes, sed etiam eques. Dic quod sic* (8), *et Azo* (9), *imo potest se deportari facere in lectica vel rheda, aut curru* (10). *Quod intelligo sive ducatur per unum equum vel jumentum, sive per duos, secundum Paul. ibi, vel etiam plures eadem ratione, quod not. maxime pro nobilibus, qui saepissime se ducere faciunt per rhedas, aut currus cum quadrigis: qui si habent in fundo alterius servitutem itineris, possunt transire per dictum fundum cum suo curru vel rheda. Et intellige prae-*

(1) *Secundum gloss. in vers. eundi.*
(2) *In d. l. 1. in princ.*

de possa passar solo, e passeggiando con un altro. Oppure si può intendere in altro modo, cioè di passeggiar piano o di passare correndo. Donde, secondo Angelo e Paolo di Castro, procede il notabile,

II. Chè altra cosa è il passare ed altra il passeggiare. Imperocchè si dice passare colui che va piano e solo, e passeggiare poi si dice colui che va con un compagno, anche correndo o cantando. Ma chi possede il passaggio ha entrambe le facoltà. Se poi io ne avessi una sola, per esempio, se fosse a me concesso (1*) ch' io potessi passare pel tuo fondo, non potrei passeggiare col compagno o passare correndo; e però si devono osservar bene le parole dell' istrumento, secondo Paolo di Castro. Donde segue un altro notabile,

III. Che quegli che promette ad uno il *passaggio*, sembra promettere il diritto e la servitù, e per conseguente che possa passare e passeggiare. Ma chi promette ad uno che *possa passare*, sembra promettere un fatto (2*) e perciò soltanto il passare, ma non il passeggiare; il che è da notarsi, perchè gli strumenti si rogano in questo modo. Nondimeno talora il passaggio non è servitù, esempigrazia, se vien dato al fruttuario dal padrone di un altro fondo. Talora eziandio grossamente si dice passaggio qualunque strada per la quale si passa; e però il passaggio talvolta si appella *strada*, ma impropriamente.

IV. Se non che si dimanda, se quegli che ha la servitù di passaggio possa passare non solamente a piedi, ma eziandio a cavallo. Rispondi che sì, come dice anche Azzone; anzi può farsi portare in lettiga od in cocchio o sopra un carro. Lo che intendo procedere, tanto se sia menato da un cavallo o giumento, quanto se da due, secondo Paolo, o da più ancora per eguale ragione; il che si deve notare massimamente rispetto a' nobili, che spessissimo si fanno condurre in cocchio o sopra carrozze a quattro cavalli; i quali, se hanno la servitù di passaggio sul fondo altrui, possono passare per esso colla loro carrozza o cocchio.

(6) *Ut voluit et gloss. Instit. de serv. in princ. in vers. jumentum, in fin. et Azo in sum. C. de*

Digitized by Google

dicta, quando habens servitutem itineris, ascendit equum vel currum. Secus fuisset, si duceret equum vel jumentum, aut currum ante se vel post se, quia non posset (1).

V. *Sed quid si habens servitutem itineris, vult ducere jumentum et plaustrum oneratum frumento vel aliis rebus, et etiam ipse ascendere, an transire possit per fundum servientis? Si consideramus personam, quae est eques, vel super curru, et potest* (2). *Si consideramus, quod equus vel currus est oneratus aliis rebus, videtur, quod non possit per dicta jura. Ego credo quod sit considerandum, quod principaliter agitur, si enim principaliter intendit ducere equum vel currum oneratum, ut faciunt milites qui onerant equos suos herbis, vel foeno, aut frumento, et ascendunt super sarcinam, vel sicut faciunt molendinarii: et tunc licet videatur esse eques, tamen quia principaliter hoc non agit, sed tantum vult sarcinam ducere, et non potest* (3), *si vero principaliter intendit ire eques, vel in curru: tunc etiam super equo vel curru portet alias res, sicut fit saepissime pro illis qui vadunt ad villam, quando portant super equo carnerium vel saccullum vel similia; vel cives qui mittunt uxores suas vel familiam super rheda vel curru: et faciunt etiam onerare rhedam vel currum lecto vel aliis supellectilibus, et aliis rebus sibi necessariis in villa: tunc attento quod principaliter persona defertur, teneo quod ire potius dicatur, quam agere: et si habet servitutem itineris in fundo alterius, non poterit prohiberi transire cum dicto curru vel vehiculo cum persona et rebus* (4), *et istud allegatur ad concessionem transitus factam armigeris, ut intelligatur civili modo, hoc est, ut transeant per partem minus damnosam, et isto casu debet eligi locus, per quem habens servi-*

Ed intendi le predette cose aver luogo quando chi possede la servitù di passaggio ascende un cavallo od un carro. Altrimenti sarebbe, se menasse un cavallo o giumento od una carrozza dinnanzi o dopo di lui, perchè nol potrebbe.

V. Ma che fia, se chi possede la servitù del passaggio voglia condurre un giumento od un carro onusto di grano od altre cose, ed ascendervi sopra egli stesso? potrà egli di cotal guisa passare sul fondo serviente? Se consideriamo la persona che sta a cavallo o sopra un carro, lo può; se poi consideriamo, che il cavallo od il carro è carico di altre cose, sembra che non lo possa pei testi allegati. Io credo che sia da considerarsi, di che principalmente si tratta. Imperocchè se principalmente intende condurre un cavallo od un carro onusto, come fanno i militi, i quali caricano i loro destrieri o di erbe o di fieno o di grano, e montano sopra la soma, oppur come fanno i mugnai; ed allora sebbene apparisca essere a cavallo, tuttavia, poichè ciò non avviene in principalità, ma solamente s'avvisa condurre il carico, non lo può. Se poi principalmente intende passare a cavallo o nel carro; allora, ancorchè sopra il giumento od il carro trasporti altre robe, come spessissimo accade per quegli no che vanno alla villa, i quali portano sopra il cavallo il carniere o la valigia o simili cose, o come fanno i cittadini che pongono le loro mogliere o la famiglia sulla carrozza o sul carro, e caricano eziandio la vettura od il carro del letto o di altre suppellettili, o d'altre robe necessarie in villa; allora, posto che si tratta principalmente della persona, credo che dir si possa avvenire il passaggio piuttosto che la condotta, e se a chi passa sarà dovuta la servitù del passaggio sul fondo altrui, non potrà essergli proibito di passare sul detto carro o vettura, e colla persona, e con le robe. Ciò s'allega eziandio rispetto alla concessione di transito fatta agli uomini d'arme, affinchè sia inter-

Digitized by Google

VI. *De quo si dubitetur, debet assumi arbiter, vel communis amicus, qui habeat hoc dirimere* (1), *et postquam facta erit electio de uno loco, non poterit amplius variari* (2), *imo caeterae partes liberae remanebunt* (3), *et vide quae dicta sunt circa praedicta in praecedenti lib.* (4).

VI. Intorno la qual cosa se mai sorgesse dubbio, si deve eleggere un arbitro od un amico comune che abbia a dissiparlo, e posciachè sarà fatta la scelta d' un sito, non potrà più mutarsi; anzi le altre parti del fondo rimarranno libere. Vedi i testi in proposito, e ciò che ho esposto nel precedente libro.

VII. *Ubi dixi, quod licet habens servitutem, si eligit locum itineris, non possit amplius variare, tamen ille, qui concessit servitutem, bene potest variare, quando variat sine incommodo alterius* (5). *Quarto et ultimo casu principali, quando est commissa vel constituta servitus per certam et determinatam partem fundi, et tunc non habet dubium, quod per illam tantum partem debet ire, et non per aliam, quoniam aliae partes fundi ab ipso principio sunt liberae, et non cadet haec electio. Per locum enim designatum bene possum ire, secundum quod mihi placet, et potest mihi constitui servitus ad certam partem fundi pro diviso* (6), *licet non ad incertam vel pro indiviso* (7). *Puto tamen quod liceat concedenti servitutem, mutare locum, dummodo faciat sine incommodo illius, cui servitus est promissa: ita quod non minus commode per alium locum designatum servitus constituantur* (8).

VII. Ove dissi, che sebbene colui che possede la servitù, qualora abbia scelto un luogo, non può più mutarlo; nondimeno quegli che concesse la servitù può bene variarlo, quando il faccia senza incomodo altrui. Nel quarto ed ultimo caso principale, allorchè la servitù fu stabilita e costituita in una certa e determinata parte del fondo, in tal caso non v' ha dubbio, che devesi passare per quella parte soltanto e non per altra, perchè le altre parti del fondo fin da principio rimangono libere, e sopra esse non cade la scelta. Imperocchè a buon dritto io posso passare pel sito fissato secondo mi piace, e mi può venire costituita la servitù sopra una parte certa del fondo divisamente, benchè non sopra una incerta, oppure indivisamente. Tuttavolta io stimo, che sia lecito a chi concede la servitù di mutare il sito, purchè il faccia senza incomodo di quello cui la servitù fu promessa, così che questa possa essere costituita in altro sito determinato non meno comodo del primo.

VIII. *Quaero etiam, quid si legatur aut prohibetur iter vel alia servitus sine ulla determinatione loci, ad quem spectabit electio? An ad promittentem seu ejus haeredem, an vero illum, cui est servitus promissa vel legata? Et videtur quod electio sit promittentis vel haeredis* (9), *sed in contrarium videtur* (10). *Sed dic circa istam questionem* (11), *ut plene dixi in praeced. lib.*

VIII. Dimando ancora che sia di diritto, se il passaggio od un' altra servitù vien legata o promessa senza alcuna determinazione di luogo; a chi spetterà la scelta? a chi la promette od al suo erede, oppure a quello cui fu promessa o legata? Sembra che la scelta appartenga al promittente od al suo erede in virtù d'un testo, benchè per un altro apparisca l' opposto. Ma circa tale questione rispondi come pienamente ho detto nel libro precedente.

IX. *Sed quid si legatur iter ad praedium commune duorum, nec legatarii de loco itineris consentiant? Dic quod ser-*

IX. Ma che fia, se vien legato il passaggio per un fondo comune a due persone, ed i legatarii non vanno d' accordo circa il sito

Digitized by Google

vitus non acquiritur, nec deperditur (1), *et sic discordias inter collegatarios ejusdem servitutis impedit acquisitionem ipsius, quod intellige secundum gloss. et Angel. ibi, donec discordia durat. Nam compelli possunt per judicem ad concordiam* (2).

X. *Item quaero, quanta debet esse latitudo itineris? Conclude sic breviter. Aut a princ. est expressa et determinata latitudo a partibus, et illi standum est* (3). *Aut a princip. nil determinatum est expresse per partes, et tunc si partes postea concordant quanta debeat esse latitudo, et per quem locum fundi, istud est servandum, et quod primum determinatus est, servitus in eo loco, id est, ea latitudine consistit: caeterae partes fundi liberae sunt* (4). *Sed si partes non conveniunt: tunc aut locus per quem sit eundum, non adjecta latitudine nominatus est: et tunc per eum locum qualibet parte ire poterit* (5), *donec conveniat aliter: et si non convenit arbiter, id est communis amicus dandus est, qui hoc determinet* (6). *Aut est nominata latitudo, sed non locus: et tunc qualibet parte fundi ire poterit servata latitudine in pacto comprehensa* (7). *Aut locus per quem iri debeat, non exprimitur a partibus: nec etiam latitudo adjecta est: et tunc per totum fundum: sed arbiter, id est, communis amicus dandus est, qui ex officio suo determinet et locum, per quem iri debeat et latitudinem* (8). *Et ea quae dicta sunt de loco et latitudine itineris, habent locum etiam in servitute actus* (9).

XI. *Quid autem in via, cujus latitudinis esse debeat, habetur* (10), *dicam infra de serv. viae.*

XII. *Quaero circa praedicta quid si via non certum locum itineris aut actum a-*

del passaggio? Rispondi, che la servitù in tal caso nè s' acquista, nè si perde, ed in questo modo la discordia frà i collegatarii della stessa servitù impedisce che venga acquistata; il che intendi giusta il senso della glossa e di Angelo, cioè finchè dura la discordia; conciossiachè possano essere compulsi dal giudice ad accordarsi (*b*).

X. Parimente io chieggo quanta debba essere la larghezza del passaggio? Conchiudi brevemente in questo modo. O fin da principio la larghezza fu espressa e determinata dalle parti, ed a quella si deve stare. O da principio nulla fu determinato espressamente dalle parti, ed allora se le parti poscia stabiliscono quanta debba essere la larghezza, e per qual sito del fondo, ciò si deve osservare, ed in quel luogo o larghezza, in cui fu primamente determinata, la servitù esiste, e le altre parti del fondo restano libere. Ma se le parti non vanno d' accordo, ed allora, o il sito pel quale si deve passare fu nominato senza aggiungere la larghezza, ed in tal caso chi ha la servitù potrà passare per quel luogo in qualsivoglia parte, finchè non convenga altrimenti, e qualora non convenga, si dovrà eleggere un arbitro od un amico comune, che ciò stabilisca. Od è nominata la larghezza, ma non il sito, ed allora potrà passare per qualunque parte del fondo, osservando la larghezza descritta nel patto. Od il luogo pel quale si deve passare non è espresso dalle parti, e neppure la larghezza, ed allora si potrà passare per tutto il fondo; però dovrà eleggersi un arbitro od un amico comune, che per officio suo determini, ed il luogo pel quale si dee passare, e la sua larghezza. E queste cose che furon dette circa il sito e la larghezza del passaggio, hanno luogo eziandio nella servitù di condotta.

XI. Che si dirà poi della strada? quale dovrà essere la sua larghezza? Vedi i testi relativi, e ciò che dirò fra poco sulla servitù di strada (*c*).

XII. Circa le predette cose dimando che fa, se taluno ceda ad un altro il passaggio

Digitized by Google

cedere? Dic quod sic (1), *et potest cedi pluribus, vel simul vel separatim* (2), *sicut potest etiam concedi pluribus jus aquae ducendae* (3). *Et hoc intellige, quando primo cui cessit, non nocet: alias secus, cum causa prioris concessionis sit potior, quia non potest a posterioribus impediri* (4).

XIII. *Sed quid si aquaeductum alii concessero, an alteri iter per eundem locum dare vel cedere potero? Dic quod non* (5), *et est ratio, quia per iter secundo loco concessum impediretur aquaeducendae: alias si non, puta quia uno tempore unus habet jus aquae ducendae, alius alio tempore habet jus itineris, et sic per iter non impeditur servitus aquae primo concessa, tunc bene valeret* (6).

XIV. *Ex quo not. quod sicut in certa parte fundi potest servitus itineris constitui, ita etiam pro certa parte temporis: puta quod de die tantum ire possit* (7).

XV. *Quaero ulterius, qualiter dominus fundi servientis et dominantis possit uti fundo servienti, et ad quid teneatur dominus fundi servientis. Et pro declaratione pone, ubi debetur servitus per aditum, quo nisi opere facto iri non potest, an liceat fodiendo et obstruendo iter facere. Dicas, quod sic* (8), *et si non est altior, potest ille cui debetur servitus itineris, vel gradus vel clivos in fundo servienti facere, et de fundo servienti demoliri, quantum necesse est itineris causa,* ut est tex. not. in l. servitutes, quae in superfi. § si domo ff. de serv. urb. praed. *quae licet loquatur de serv. urb., tamen id est in rusticis, pari ratione* (9). *Item*

sone il passaggio o la condotta per lo stesso sito? Rispondi che sì, e può concederli a parecchi, così insieme che separatamente, come può eziandio concedere a più persone il diritto di condur acqua. E ciò intendi procedere, quando non nuoccia al primo, cui concesse; in caso diverso non può, avvengachè la causa della prima concessione sia migliore, non potendo venir impedita dalle concessioni posteriori (*d*).

XIII. Ma che sarà, se avrò concesso a taluno la servitù d'acquedotto? potrò io dare o concedere il passaggio ad un altro per lo stesso luogo? Rispondi che no, per la ragione che il diritto di condur acqua sarebbe impedito dal passaggio concesso posteriormente; diversamente però nel caso che non arrecasse impedimento, per esempio, perchè uno ha il diritto di condur acqua in un certo tempo, e l'altro ha quello di passare in un tempo diverso, ed in tal modo la servitù dell'acqua concessa al primo non è impedita dal passaggio, ed allora essa avrebbe luogo. Dal che scende il notabile,

XIV. Che, siccome la servitù di passaggio può essere costituita in una certa parte del fondo, così pure lo può per una certa parte di tempo, per esempio, che si possa passare soltanto di giorno (*e*).

XV. Dimando oltre a ciò, in qual modo il padrone del fondo serviente, e quello del dominante, possano usare del fondo serviente, ed a che sia tenuto il padrone di questo? E per ischiarimento poni il caso, che la servitù sia dovuta per un tramite, pel quale non si può passare se non viene fatto un lavoro; sarà lecito formare il passaggio collo scavare e coll'ostruire? Rispondi che sì, e se non vi fosse accesso per il piano, a cagion d'esempio, perchè il fondo serviente è più alto, può quegli, cui è dovuta la servitù di passaggio, costruire scaglioni in esso fondo, e demolirne tanta parte, quanta è necessaria per formare il passaggio, come dice il testo notabile della legge *quae in superficie § si dom. ff. de serv. urb. praed.*, la quale sebbene parli delle sole servitù urbane, nondimeno vale anche per le rustiche per pa-

(1) *L. qui per certum ff. communia praed.*
(2) *Ut l. Lucio vers. respondi, ff. de aqua quotid. et aestim.*
de aqua quot. et aestim. et not. gloss. in d. l. per quem loc.
(7) *Ut L. inter ff. commun. praed. de quo vide*

Digitized by Google

potest ille cui debetur servitus deprimere et elevare locum servientis, ut commode servitute uti possit, si hoc est sibi necessarium, nisi alias actum sit expresse (1), *vel nisi hoc fiat cum magno incommodo domini fundi servientis* (2). *Item locum servientis sternere, et arborem impendentem, est valde pendentem incidere licet, quod iter inhabile redderetur* (3), *et si sternere aut reficere impediatur, potest agere confessoria, silice autem sternere non licet, nisi convenerit* (4). *Item potest reficere locum servientis accedendo etiam ad loca quae non serviunt* (5). *Item pontem quo ire vel agere possit, extruere potest, sed non arcum, hoc est pontem lapideum: imo nec dominus fundi servientis supra iter alienum, id est, supra eum locum, in quo alii iter debetur, arcum causa ducendi aquam jure facere potest* (6). *Item praedicta possunt fieri non solum per illum cui servitus debetur, sed etiam per ejus magistros, fabros, et operarios, qui si prohiberi videtur* (7), *ubi etiam posui, cujus expensis hoc fieri debeat: dominus autem fundi servientis non potest in eo loco, per quem mihi iter debetur, aedificare: et si aedificare velit, possum impedire per confessoriam, ne aedificetur, sed si jam aedificatum est, et probavero servitutem itineris in eo loco mihi concessam, potero petere quicquid aedificatum est, contra debitam servitutem, similiter per confessoriam destrui* (8). *Possum tamen ire, agere licet per fundum tuum, et eo uti frui, remittere, ut uti frui mihi non liceat, et ibi concedere jus tibi esse aedificare, per talem concessionem non intelligitur ut possis aedificare, ita quod impedias me ire, agere per dictum fundum tuum* (9), *ubi plene hoc examinavi. Item locare servitutem itineris vel aliam et similem nemo potest: scilicet nec dominus praedii do-*

rità di ragione. Del pari può colui, cui è dovuta tale servitù, abbassare ed innalzare il fondo serviente, onde poter usare comodamente di essa, qualora ciò siagli necessario, ed altrimenti non sia pattuito espressamente, oppur qualora ciò non faccia con grande incomodo del padrone del fondo serviente. Parimente può sternere il luogo serviente, e tagliare l'albero che pende, cioè che pende molto, qualora per esso il passaggio si rendesse inetto; e se gli fosse impedito di sternere o di ristaurare, può agire coll'azione confessoria. Ma non è lecito però coprire con selice il passaggio, se ciò non sia convenuto. Del pari può ristaurare il fondo serviente, accedendo eziandio a quei luoghi che non servono. Così pure può fabbricare un ponte pel quale possa passare e condurre, ma non già un arco, cioè un ponte di pietra; anzi neppur il padrone del fondo serviente può di diritto costruire un tal arco sopra l'altrui passaggio, cioè sopra quel luogo nel quale ad altri è dovuto il passaggio, per lo scopo di condur acqua. Così pure le predette cose possono esser fatte, non solo da quegli cui è dovuta la servitù, ma eziandio da' suoi maestri, fabbri ed operai, a' quali se venissero proibite, sembrerebbero proibite al padrone del fondo serviente. Il padrone poi del fondo serviente non può fabbricare in quel sito, nel quale la servitù mi è dovuta, e se vuole fabbricare, io posso impedirglielo coll' azione confessoria; che se avrà già fabbricato, ed io proverò la servitù di passaggio a me concessa in quel luogo, potrò chiedere, che tutto ciò che fu edificato contro la servitù dovuta similmente sia distrutto in forza della confessoria. Però, se mi è permesso di andare e condurre pel tuo fondo, e di usare e fruire di esso, posso concederti ch' io non debba usarne e goderne, e che tu abbia diritto di fabbricare in esso. Nondimeno, in virtù di tale concessione, non s' intende già che tu possa fabbricare in modo, da impedirmi di passare o condurre per il detto tuo fondo. Del pari nessuno può locare la servitù di passaggio od altra simile, cioè, nè il padrone

(1) *Ut l. refectionis ff. communia praed.*

Bart. et Dd. ff. de aqua plup. et vide quod dixi su-

minantis nec servientis, ut est text. cum gloss. (1), *secus est in servitutibus personalibus et usufruct.* (2), *et ibi vide gloss. quae ponit rationem differentiae, et declarat* (3).

XVI. *Ad quid autem tenetur dominus fundi servientis? puta si iter, actum, viam, aquaeductum, per fundum tuum emero, an tenearis ad traditionem vacuae possessionis? Dic quod non; sed caveas per te non fieri quominus utar* (4). *Et est ratio secundum gloss. ibi, quia incorporalia traditionem non recipiunt* (5). *Item si tibi iter vendidero, ita domum teneor, si tuus est fundus, cui acquirere servitutem volueris, alioquin si propter hac acquirere servitutem non potueris, quia dominus fundi vicini non fueris, non teneor. Sed si fundum tibi vendidero, et ei fundo iter accessurum dixero, omnino tenebor itineris nomine: quia utriusque rei quasi unus venditor obligatus sum* (6). *Item vendito fundo ita non tenetur venditor praestare, quia ei servitus itineris vel alia servitus realis non debetur, nisi aliter dictum sit* (7) *etiam si esset dictum in venditione, uti optimus maximusque est* (8). *Item venditus videtur, quod ei servitus non potest imponi, et sic in dubio res videtur vendi libera, et non cum aliqua servitute* (9). *Secus est in legato: quia in dubio videtur res legata,* (3*) *quod haeres possit transire per eam, sicut testator poterat* (10). *Item dicti fundi iter transit in emptorem, quod ei fundo debetur: etiam omnis alias servitus realis, etiam si nihil in venditione sit dictum* (11).

XVII. *Sed si fundus debet servitutem alteri, an in hoc venditor teneatur empto-*

del fondo dominante, nè quello del serviente; altrimenti però avviene nelle servitù personali e nell' usufrutto, come puoi vedere ne' testi e nella glossa, che pone la ragione della differenza, e la spiega (*f*).

XVI. A che sarà tenuto il padrone del fondo serviente? per esempio, s' io comperassi il passaggio, la condotta, la strada o l'acquidotto per il tuo fondo, saresti tu tenuto a consegnarmi il vacuo posseso? Rispondi che no, ma guarda bene che per tua colpa avvenga ch' io non usi. E la ragione, secondo la glossa, è questa: che le cose incorporali non ammettono tradizione. Così s' io t' avrò venduto il passaggio, sarò egualmente obbligato, qualora sia tuo il fondo, al quale hai voluto acquistare la servitù; che se invece non avessi potuto acquistare la servitù a tal uopo, perchè non eri padrone del fondo vicino, io non sarò tenuto. Ma se io t' avrò venduto il fondo, ed avrò detto che gli sarà congiunto il passaggio, sarò interamente obbligato col nome del passaggio, perchè sono tenuto come unico venditore dell' una e dell' altra cosa. Così pure, venduto il fondo, il venditore non sarà tenuto a prestare il passaggio, perchè ad esso non è dovuta, nè questa, nè alcun' altra servitù, tranne il caso che altrimenti fosse stato stipulato; ancorchè nella vendita fosse stato detto *uti optimus maximusque*. Del pari, venduto il fondo, sembra venduto in modo che ad esso non possa imporsi servitù, e così nel dubbio la cosa sembra esser venduta libera, non già con qualche servitù. Diversamente avviene nel legato, perchè nel dubbio la cosa si reputa legata (3*) in guisa, che l'erede possa passare per essa, come poteva il testatore. Parimente il passaggio del detto fondo si trasmette nel compratore, per ciò che è dovuto allo stesso fondo, e così pure ogni altra servitù, anche se nel contratto di vendita nulla sia stato detto (*g*).

XVII. Ma se il fondo venduto deve la servitù ad un altro, sarà in questo caso il

(1) *In l. locare servitutem, ff. loc.*
(2) *Ut l. arboribus, § usufructuarius, ff. de usu-*

(9) *L. in contrahendis, § interpositis, ff. communia praed. et l. via constitui, § fin. de servitut.*

Digitized by Google

ri? Dic aut non fuit tacita servitus, sed expressa in venditione, et non tenetur (1), *nec commemoraverit venditor, a contrario sensu* (2). *Aut servitus non fuit in venditione* (4*) *expressa, sed tacita, et tunc videtur quod venditor non teneatnr, quia non videtur vendidisse fundum liberum, sed qualis esset* (3). *In contrarium videtur, et istud est verius, scilicet quod per emptorem agi possit contra venditionem, propter hoc* (4), *et est ratio, quia vendens rem in dubio, si nihil dicatur, intelligitur vendere rem liberam, et libera praestari debet onere servitutis* (5), *imo etiam debet praestari propria, non autem libellaria, seu emphyteutica* (6), *quod intellige, si emptor ignoravit servitutem, secus si scivisset* (7).

venditore tenuto verso il compratore? Rispondi: O la servitù non fu stipulata tacitamente, ma espressamente nella vendita, ed allora non è tenuto. O la servitù non fu espressa nella vendita (4*), ma venne tacitamente pattuita, ed allora sembra che il venditore non sia tenuto, perchè non si stima aver venduto il fondo libero, ma quale si trova. All' invece sembra, e questo è più vero, che per tale cagione il compratore possa agire contro il venditore; e la ragione si è questa, che chi vende una cosa, se nulla dice, nel dubbio si reputa venderla libera, e libera dev'essere consegnata dal peso della servitù; anzi ancora dev' essere consegnata in piena proprietà, non già obnoxia a livello o ad enfiteusi; il che intendi procedere, qualora il compratore avesse ignorata la servitù, non già se n' avesse avuta scienza (*h*).

XVIII. *Sed dubium est, quomodo et qualiter teneatur venditor quod non expressit servitutem, quae debetur in fundo vendito, vel conditionem fundi venditi, et emptor eam ignoravit, dic, aut venditor scivit fundum tempore venditionis alteri servitutem debere, et ejus conditionem, aut ignoravit. Primo casu, quando venditor scivit rem venditam esse subjectam alicui servituti, puta itineris, vel quod in ea habebat tantum utile dominium, quia erat emphyteuta* (5*) *vel vasallus, et tunc si non certificaverit emptorem ignorantem, ei tenetur ad interesse* (8). *Secundo casu, quando venditor ignoravit servitutem, vel qualitatem rei venditae, qua credebat in ea habere plenum jus: et tunc non tenetur emptori, ad interesse, sed quanto minoris empturus fuisset, si scivisset, rem non esse pleno jure venditoris* (9), *quod tamen intellige, quando ignoravit, et nihil promisit, secus si asseruisset eum optimum maximumque esse: quia tunc ad interesse tenetur* (10). *Et praedicta proce-*

XVIII. Ma vi è dubbio, in qual modo e come il venditore sia tenuto, quando non palesò la servitù ch' è dovuta dal fondo venduto, o la condizione di questo, ed il compratore l'abbia ignorata. Rispondi: od il venditore seppe che il fondo al tempo della vendita doveva la servitù ad un altro, e conobbe la sua condizione, oppure la ignorò. Nel primo caso, cioè quando il venditore seppe che la cosa venduta era obbligata a servitù verso un' altra, per esempio, al passaggio, oppure che di essa non aveva che il dominio utile soltanto, perchè era enfiteuta (5*) o vassallo, ed allora se non avrà ciò fatto conoscere al compratore ignorante, sarà tenuto all' indennità. Nel secondo caso, cioè quando il venditore ignorò la servitù o la qualità della cosa venduta, perchè credeva di aver pieno diritto sopr' essa, ed allora non è tenuto a risarcimento verso il compratore, ma al quanto meno avrebbe questi pagato per la vendita, se avesse saputo che la cosa non ispettava di pieno diritto al venditore. Lo che nondimeno intendi procede-

(1) *Argum. l. quaeritur, § si vend. ff. de aedil. edi. et l. pen. in princip. ibi, si tacite a contrario sensu, ff. de evict. et d. l. in vend. § 1. ibi.*

(2) *Et not. in l. cum venderes, eod. tit.*

(3) *Ut d. l. cum venderes, et l. qui tabernas, Digest. de contrah. empt.*

(4) *Ut dict. l. pen. ff. de evict. et Dd. in vendendo, ff. A. et l. Julianus in princ. ff. de action.*

stamentum, C. ad leg. Falcid. et vide Zabar. in c. quae in Ecclesiarum, in 12. quaest. extra, de const.

(7) *Ut est text. in d. l. 1. § fin. quem omnino vide circa hoc ff. de act. empt. facit l. quaeritur, § fin. ff. de aedil. edict.*

(8) *Ut l. 1. in princ. et § 1. ff. de act. empt. et ita tenet gloss. in l. pen. vers. tacite, Digest.*

Digitized by Google

dunt, quando quis venderet rem cum titulo oneroso, secus ubi esset titulus lucrativus, puta donationis, vel legati, aut fideicom. quia tunc donatione vel legato rei simpliciter intelligitur solum transferre jus, quod habet, et sic cum servitute, si debetur, vel utile dominium si non habet plus juris (1); *quod est verum, quando simpliciter legatur, vel donatur fundus* (2): *secus si legetur vel donetur uti optimus maximusque est: quia tunc liber a servitute praestandus est* (3).

re; allorquando ignorò e nulla promise, non già qualora avesse asserito esser pieno ed illimitato proprietario, perchè in tal caso sarebbe tenuto all' indennità. Le predette cose hanno luogo, quando alcuno vendesse una cosa a titolo oneroso, non però quando il titolo fosse lucrativo, per esempio, di donazione, di legato o di fedecommesso; perchè allora colla donazione o legato d' una cosa semplicemente, s' intende trasferire soltanto quel diritto che possede, e perciò colla servitù, se è dovuta, o l'utile dominio, se maggior diritto non ha. E ciò è vero, quando si dona o si lega semplicemente un fondo, non già qualora si legasse o donasse come pienamente libero e proprio; perchè in tal caso si dovrebbe consegnare libero da servitù (*i*).

XIX. *Sed juxta praedicta quaeritur, an ille qui tenetur possessionem vacuam tradere, liberetur, si tradat rem quae debet alteri servitutem praedialem? Et dicas quod sic:* ut probatur in d. l. Maevius, § fundo. *Nam ibi dicitur, quod haeres non liberatur, nisi tradiderit possessionem vacuam rei legatae, tamen ibi dicitur, quod si tradiderit fundum legatum alteri servientem, liberatur* (4); *quod not. pro illis qui tenentur vacuam possessionem tradere, sicut est venditor* (5): *quia ex hoc solo non tenetur tradere fundum liberum a servitute. Sed si promisisset tradere vacuam, et liberam, non liberatur, si traderet rem alteri servientem* (6).

XIX. Ma secondo le cose predette ora si chiede, se quegli ch' è tenuto a dare il vacuo possesso, resti liberato dall' obbligo col dare una cosa, che deve ad un altro una servitù prediale? Rispondi che sì, in virtù della legge *Maevius § fundo ff. de legat.* 2.° Imperocchè ivi è detto, che l'erede non rimane liberato se non col consegnare il vacuo possesso della cosa legata; nondimeno ivi è anche detto, che se avrà consegnato il fondo legato, che serve ad un altro, resta liberato; lo che dee notarsi per quelli che sono obbligati a dare il vacuo possesso, com' è il venditore, dacchè per ciò soltanto non è tenuto a consegnare il fondo libero da servitù. Ma se avesse promesso di dare il possesso vacuo e libero, non è liberato qualora consegni una cosa, che serve ad un altro (*k*).

XX. *Item circa praedicta quaeritur, quid si iter excipere deberem, puta quia sic conveneram tecum in contrahendo, fundum liberum per errorem tradidi, quomodo mihi succurritur? Dic incerti condictione, ut iter mihi concedatur* (7).

XX. Del pari intorno le predette cose si dimanda: che sia di diritto, se dovessi eccettuare il passaggio, per esempio, perchè così avea pattuito teco nel contrattare, e nondimeno lo consegnai libero per errore; in qual modo sarò io soccorso? Rispondi: colla *condictio incerti*, affinchè mi sia concesso il passaggio (*l*).

XXI. *Item not. quod fundus qui debet servitutem itineris, et locus per quem iter aut actus, vel via debetur, si impetu fluminis occupatus esset, et intra tempus*

XXI. Così pure deve notarsi, che se il fondo obbligato alla servitù del passaggio, ed il sito pel quale è dovuto il passaggio o la condotta o la strada, fossero invasi dall'

Digitized by Google

quod ad amittendam servitutem sufficit, alluvione restitutus est, servitus in pristinum statum restituitur: ut l. si locus in princ. ff. quemad. serv. amit. *scil. ipso jure* (1): *et potest intelligi secundum Flor. ibi sine nova possessione, et hoc est quod vult dicere illa* l. si locus in princip. *Sed si tempus praeterierit, antequam alluvione locus restituatur, et servitus amittatur, renovare cogendus est* (2). *Et intelligit ibi gloss. quod cogendus sit, scilicet ille cui accrevit ille locus, qui debebat servitutem. Item gloss. ubi intelligit, quod cogendus sit per restitutionem in integrum* (3), *sed si locus debens servitutem itineris, est inundatus aquis vel impetu fluminis, vel aliter destructus, ita quod per illum locum habens servitutem itineris non possit ire, an pro tempore quo impeditur propter inundationem aquarum, vel aliter possit ire per aliam partem fundi, vel alium fundum vicinum? Ego in hoc sic dicerem: Aut iste cui debetur servitus, potest ire per alium locum, aut non. Primo casu aut est imposita servitus in uno fundo, qui est in totum destructus, et tunc per alium fundum cui nulla est servitus imposita, ire non potest: quia quantum ad hoc, liberum fundum habet* (4). *Aut servitus est imposita in uno fundo, qui pro parte est inundatus, vel aliter destructus: et tunc aut servitus est imposita simpliciter sine determinatione loci: et tunc intelligitur toti fundo esse servitus imposita* (5). *Et in hoc subdistingue. Aut fuit dictum, quod possit ire per totum fundum: modo per unam partem, modo per aliam, vel simpliciter per totum fundum: et in his duobus casibus poterit ire per aliam partem fundi: quia licet semel elegerit ire per illam partem, quae est occupata aquis vel destructa, tamen poterit intrare et eligere aliam* (6). *Aut non fuit aliquid dictum expresse in constitutione servitutis, sed simpliciter fuit promissa servitus in fundo: et tunc aut fuit determinatus certus locus per quem ire debet:*

impeto della fiumara, ed entro quel tempo che basta a far perdere la servitù ritornassero asciutti per alluvione, la servitù è restituita nel suo pristino stato; ed intendi che si ristabilisce nello stesso diritto, ciò che, secondo Floriano, può intendersi, senz' uopo di nuovo possesso, e questo è quanto vuol dire la legge *si locus in princ. ff. Quemad. serv. amitt.* Ma se sarà trascorso il tempo necessario a prescrivere, prima che il fondo siasi nuovamente scoperto per l' alluvione, e quindi la servitù sarà stata perduta, bisognerà rinnovarla, secondo il testo della detta legge *si locus.* E la glossa intende, che le parole *cogendus sit* debbano riferirsi a quello cui s' accrebbe quel fondo, il quale era obbligato a servitù. Così pure essa intende, che sia da costringersi mediante restituzione in intero. Ma se il luogo obbligato a servitù di passaggio è innondato dalle acque o dall' impeto del fiume, o per altra cagione distrutto, così che quegli che ha la servitù non possa per esso passare, potrà forse lo stesso nel tempo dell' impedimento passare per un' altra parte del fondo o per un altro fondo vicino? In questo proposito così direi: O quegli, cui è dovuta la servitù, può andare per un altro luogo, o non lo può. Nel primo caso, o la servitù è imposta ad un fondo, ch' è totalmente distrutto, ed allora non può andare per un altro fondo, il quale non sia obbligato a servitù, perchè rispetto a ciò il fondo è libero. O la servitù è imposta ad un fondo, ch'è parzialmente innondato, od altrimenti distrutto in parte; ed allora, o la servitù è imposta semplicemente senza determinazione di luogo, ed in questo caso s' intende che la servitù sia imposta a tutto il fondo. Ed in tal punto suddistingui: O fu pattuito che ei possa andare per tutto il fondo, ora per una parte, ora per un' altra, o semplicemente per tutto il fondo; ed in questi due casi potrà passare per un' altra parte del fondo, perchè sebbene abbia scelto la parte per la quale passare, nondimeno essendo essa occupata dall' acque o distrutta, potrà

Digitized by Google

et tunc illa determinatio fuit facta demonstratorie: non causa limitandae servitutis in certo loco, puta quia fuit dictum: Volo quod tu habeas servitutem itineris in toto fundo: sed propter meam commoditatem, volo, quod eas per talem partem: et tunc quia durat servitus in toto fundo, illa parte designata occupata, vel destructa, poteris sine dubio ire per aliam. Aut illa determinatio loci fuit facta causa limitandae servitutis ad illum certum locum: et hoc casu quia caeterae liberae remanent (1): *videtur quod semel facta ista electione et liberato fundo a servitute in aliis partibus, quod per alias ire non possit* (2). *Aut stamus in dubio, quia non facta fuit illa determinatio vel assignatio loci causa liberandi caeteras partes fundi a servitute* (3): *Aut nulla unquam determinatio facta fuit, et tunc aut ille locus per quem coepit ire non erat solitus ad eundem, sed habens servitutem itineris illum sic constituit, iter dirigendo, et non potest amplius mutare voluntatem: quia caeterae liberae remanent* (4): *Aut ille locus, per quem incipit ire, prius erat solitus, ad iter faciendum, ita quod nullum iter de novo constituit, et hoc casu credo, quod per hoc non videatur illum pro itinere elegisse, et caeteras partes a servitute liberasse: quia ista non videtur esse electio, sed simpliciter itineratio: et ita limito* dictam l. si cui, *ut habeat locum, quando iter seu semitam de novo facit, aut a principio fuit imposita servitus itineris, non in toto fundo, sed tantum certae et determinatae parti, et tunc si illa pars determinata est destructa, per aliam partem fundi ire non poterit: quia omnes aliae partes fundi in principio fuerunt liberae a servitute* (5). *Secundo casu principali, quando ille cui debetur servitus, non potest ire per alium locum, quam per illum cui servitus debetur, vel per alium vicinum: et tunc subdistingue. Aut est totus destructus fundus, qui debet servitutem, aut pro parte, si totus non est dubium, quod ipse non tenetur: sed vici-*

passare, ed in questo caso tale determinazione fu fatta in via dimostrativa, non per limitare la servitù in un dato luogo, a cagion d'esempio, perchè fu detto: voglio che tu abbia la servitù del passaggio per tutto il fondo, ma per mia comodità voglio che tu vada per quella data parte; ed allora, poichè la servitù esiste in tutto il fondo, se la parte designata viene occupata dall' acque o distrutta, potrà senza dubbio passare per un' altra. O quella determinazione di luogo fu fatta per lo fine di limitare la servitù a quel certo sito, ed in questo caso, poichè le altre parti rimangono libere, sembra che, fatta una volta la scelta e liberato il fondo dalla servitù nelle altre parti, non possa per altre passare. O siamo in dubbio, perchè quella determinazione ed assegnamento di luogo non avvenne pel fine di liberare le altre parti del fondo dalla servitù; oppure non fu mai fatta alcuna determinazione, ed allora, o quel luogo pel quale cominciò a passare non era solito a ricever passaggio, ma il possessore di tale servitù lo scelse a quest' uopo, tracciando la strada, e non può più mutar volontà; laonde le altre parti rimangono libere. O quel luogo, pel quale cominciò a passare, era prima solito a ricever passaggio, così che nessuna strada fu aperta di nuovo, ed in questo caso io credo, che non sembri aver egli perciò scelto quel luogo come strada, e liberate le altre parti, perchè questa non pare che sia una scelta, ma semplicemente una continuazione di passaggio; e in questo modo io limito la legge *si cui ff. de serv.*, onde proceda solo allorquando si fa un nuovo passaggio o sentiero, o quando da principio la servitù del passaggio non fu imposta a tutto il fondo, ma soltanto a una certa e determinata parte; ed allora se quella parte designata è distrutta, non potrà passare per altra parte del fondo; poichè tutte le altre parti del fondo furono da principio libere da servitù. — Nel secondo caso principale, cioè allorquando quegli, cui è dovuta la servitù, non può passare per altro luogo se non per quello, cui la servitù è dovuta, o per un altro vicino, ed allora suddistingui. Od è distrutto tutto il fondo, ch'è obbligato alla servitù, o soltanto una parte. Se tutto, è fuori di dubbio ch' egli non è tenuto, e

Digitized by Google

nus debet in uno fundo suo praestare servitutem, argum. l. si quis sepulchrum, in princip. ff. de reli. et sumpt. fun. (1), *et intelligo soluto sibi pretio per illum, qui vult habere iter* (2), *justo pretio iter ei praestare. Item intelligo, dummodo judex opportunitatem loci respiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum* (3): *Aut locus qui debet servitutem itineris, est in parte destructus: et tunc aut in alia parte remanet servitus: quod quando fit, supra dixi. Et jure servitutis per illam aliam ire poterit. Aut in alia parte non remanet servitus, secundum ea quae dicta sunt, et tunc per aliam partem fundi, in qua non fiat detrimentum domino fundi, poterit ire praestito prius ei justo pretio itineris*, sicut dixi de vicino (4). *Aut si publicâ est destructa, an possit ire per fundum vicini?* vide text cum gloss. et ibi per Dd. (5), *quae omnia bene nota quia sunt quotidiana.*

XXII. *Quaero penultimo an quis possit ire seu transire fundum* (6*) *alienum et an dominus possit prohibere volentes ire seu transire per fundum suum? et dic, quod ire per agrum alienum fas est, jus non est* (6), ut not. gloss. (7) et not. Flor. (8) *quia sic exponit, fas est, id est, aequum est, cum subest causa, et noxius est transitus* (9). *Idem de jure divino licitum est comedere uvas in agro alterius, sed non exportare: et contenere spicas, sed non immittere falcem* (10). *Sed licet sit fas, et sit aequum de jure divino, tamen non est jus: id est, jus non dat civilem actionem: ubi enim aliquid mihi prodest, et tibi non nocet, aequum est ut me non prohibeas, licet jus ibi deficiat* (11). *Alio modo potest etiam exponi, ut dicam infra in alio art., et sic stat regula, quod non potest quis de jure ire per agrum alienum, et per dominum potest prohiberi* (12), *etiam causa in eo aucupandi vel venandi, ut ibi, et*

(1) *Secundum do. Paul. et infra in l. si locus, § fin. ff. quemadm. servitutes amittantur, et dixi in libro praecedenti in 10. et ultima quaest. princ.*

che il vicino deve prestare la servitù in uno de' suoi fondi; intendo però mediante pagamento del prezzo da parte di quello che vuole avere il passaggio, com' è provato dalla legge *si quis sepulchrum ff. de rel. et sump. fund.*, che dice, dover esso prestare il passaggio a giusto prezzo. Del pari intendo; purchè il giudice osservi se il luogo sia opportuno, onde il vicino non soffra grave danno. Od il luogo obbligato alla servitù di passaggio è distrutto in parte, ed allora, o rimane la servitù in altra parte (lo che quando avvenga, ho già detto), ed in tal caso potrà passare per l' altra parte per diritto di servitù. O nell' altra parte non rimane servitù, giusta ciò che dicemmo, ed allora, pagato prima il giusto prezzo del passaggio al padrone del fondo, potrà passare per altra parte di questo, nelle quale non rechi danno. Ma se la strada pubblica è distrutta, si potrà andare pel fondo del vicino? Vedi i testi, e sovr' essi la glossa ed i Dottori; le quali tutte cose tu devi notare, perchè quotidiane (*m*).

XXII. In penultimo luogo dimando, se taluno possa passare o traversare il fondo altrui, e se il padrone possa proibirglielo? Rispondi, che è bensì lecito passare pel campo altrui, ma non è diritto, come notano la glossa e Floriano, che così spiegano le parole *fas est*, cioè è cosa equa, mentre palese è la causa e cognito il transito. In egual modo per diritto divino è lecito mangiar l' uva nel campo altrui, ma non asportarla; e tritare le spiche, ma non porvi la falce. Che sebbene ciò sia lecito ed equo per diritto divino, tuttavolta non è diritto, ovvero sia il diritto non dà azione civile; imperocchè quando alcuna cosa a me giova ed a te non nuoce, è cosa equa che tu non me la proibisca, benchè a me manchi il diritto di farla. In altro modo eziandio quelle parole possono essere spiegate, come dirò fra poco nel seguente articolo, e perciò sia ferma la regola, che nessuno può di diritto passare pel campo altrui, ed il padrone di

(6) *Ut not. in d. ca. omnes ll. 1. dist.*
(7) *In l. per agrum, C. de servit. rust. praed.*
(8) *In l. divus, ff. de servit. rust. praed.*

Digitized by Google

potest per dominum fundi, si praeviderit, prohiberi ne ingrediatur (1).

XXIII. *Item possum volentem ingredi fundum meum vel per eum transire, propria manu, et aulkoritate repellere, et resistere* (2), *et possum etiam si me invito ingrediatur vel transeat, agere actione injuriam* (3). *Fallit ista regula in puribus casibus, qui monstrantur* (4). *Et alii etiam casus habentur. Primus casus est, quando quis vellet ire per fundum alterius domino non prohibente sive sciverit, sive ignoraverit: quia tunc potest ire,* ut l. divus, ff. de serv. urban. praed. ibi, *non volentibus dominis, ubi probatur, quod per alienum fundum quis potest transire, nisi a domino prohibeatur seu contradicatur* (5).

XXIV. *Et sic concordat jus divinum cum jure nostro, videlicet quod ire per agrum alienum fas est, si dominus non prohibeat: jus non est, si dominus prohibeat, et ita etiam servatur in practica. Et intelligo, quod in dubio non videatur velle prohibere, quando eundo non fieret domino fundi aliquod damnum* (7*); *puta quia iret per semitam factam, et non essent ibi fruges. Secus si non posset ire sine damno, puta in faciendo de novo semitam: quia tunc etiam nesciens dominus videtur prohibere* (6), *vel quando clausisset fundum muro, vel sepe, aut alio modo: quia per illam clausuram videtur declarare animum suum, quod non vult aliquem ingredi vel transire per illum fundum: facit ad hoc quod statim dicam de domo. Et quod per agrum alienum ire licet, donec dominus prohibeat: tenet etiam Cyn.* (7) *et dom. Paul.* (8) *quod intellige, quando sine damno domini vel et ire, et transire: quia cum sit nullius praejudicij, competit cuilibet istud jus eundi, etiam per fundum alienum jure cujusdam facultà-*

(1) *Ut Inst. de rer. div. § plane, ff. de acqu.*

questo ha facoltà di proibirglielo, ancorchè transitasse pel fine di accellare o cacciare, onde il padrone del fondo può, qualora prevedesse il passaggio, vietargli l'entrata (n).

XXIII. Parimente io posso di mia propria mano ed autorità respingere e resistere a chi volesse entrare nel mio fondo o passare per esso; e posso eziandio, qualora entrasse o passasse contro la mia volontà, agire contro di lui coll' azione d' ingiurie. V'ha eccezione a questa regola in più casi, che sono dimostrati dalla glossa, ed in altri ancora, cioè: primo, quando alcuno volesse passare pel fondo altrui, non proibendolo il padrone, sia che il sapesse, sia che lo ignorasse; perchè allora potrebbe passare, come ritraesi dalla legge *divus ff. de serv. urb. praed.*, per le parole *volentibus dominis*, ove è provato, che chiunque può passare per l' altrui fondo, se il padrone di questo non glielo proibisca o non s'opponga.

XXIV. Ed in tal modo il Diritto divino concorda col nostro, vale a dire, che è lecito passare sul campo altrui, se il padrone no 'l vieta, e non è diritto, se il padrone lo proibisca, e così pure s' osserva in pratica. Ed intendo, che nel dubbio non si reputi volerlo proibire, quando pel passaggio il padrone del fondo non soffrisse alcun danno; per esempio, qualora un terzo passasse per un sentiero già tracciato, ed ivi non fossero biade. Diversamente nel caso che non potesse passare senza danno, per esempio, formando un nuovo sentiero, perchè allora, anche se il padrone nol sapesse, sembrerebbe proibirlo; oppur quando avesse chiuso il fondo con un muro o con una siepe, od in altra maniera, perchè mediante quella chiusura sembra dichiarare l' animo suo di non volere che alcuno entri o passi per quel fondo. Giova a tal uopo ciò che subito dirò circa la casa. E che sia permesso passare pel campo altrui finchè il padrone non lo proibisca, credono anche Cino e Paolo di Castro; lo che intendi procedere, quando si volesse passare e transitare senza danno del padrone, perchè nel caso che nessuno risenta pregiudizio, competè a chiunque tale diritto di passare, anche pel fondo altrui, in forza di una certa fa-

per gloss. magistr. l. 1. dist. omnes ll. in ver. fas

Digitized by Google

tis secundum dom. Paul. (1) *et ratio potest esse, quia dominus praesumitur non dissentire, secus si esset cum aliquo damno domini fundi: ut supra dixi. Item intellige, quando sumus in dubio de voluntate domini: secus si constaret vere vel praesumptive, quod dominus nollet, puta claudendo fundum, vel aliter: ut supra dictum est. Item hoc intellige in fundo rustico, secus in domo, quia per domum alienam non licet ingredi, etiam domino ignorante, maxime per loca ubi, possunt videri secreta domus, et contra facientes tenentur actione injur.* (2), *et ita tenet dom. Paul.* (3), *et maxime hoc procedit de nocte, quoniam de nocte non licet ire per alienas domos* (4): *Secundo casu principali fallit, quando quis haberet servitutem itineris vel actus aut viae* (5). *Tertio fallit, si quis thesaurum suum vult effodere, vel pecuniam ibi absconditam vult recipere* (6). *Quarto, si glans mea, id est, fructus mei ceciderint in agrum tuum, et volo eos colligere* (7), *quod intellige, usque ad tres dies, ut ibi. Quinto, si volo quaerere servum meum fugitivum* (8): *et has tres ultimas fallentias ponit etiam gloss.* (9). *Sexto fallit in alio casu qui habetur cap. ult.* 23, *qu.* 2. *Septimo, quando via publica est destructa* (10) *et not. gloss.* (11) *sed dicit Cyn. in d. l.* agrum, *quod glossae ibi nesciunt quid dicant* (12). *Octavo fallit, si vindemiam quam emi, volo tollere, quia possum ingredi propter hoc fundum venditoris, in quo est vindemia* (13). *Et propter hoc dico, quod idem est, si decima debet solvi in fundis, quia potest decimarius ingredi causa decimandi et asportandi decimam* (14). *Nono*

(1) *In d. l. per agrum.*
(2) *L. is qui in domum, ff. de injur. quae est in ult. char. tit.*

coltà, come dice Paolo di Castro. E la ragione può esser questa: che il padrone si presume non dissentire; altrimenti però, qualora ciò si facesse con qualche danno del padrone del fondo, come ho detto più sopra. Del pari intendi, allorquando siamo in dubbio circa la volontà del padrone, non già qualora constasse realmente o presuntivamente che il padrone non volesse, esempligrazia, per la chiusura del fondo o per altro, come dissi innanzi. Così pure intendi ciò procedere pel fondo rustico, non già per la casa, perchè non è lecito passare per la casa altrui, ancorchè il suo padrone l'ignori, e massimamente per que' luoghi ove si possono vedere i secreti della casa; ed i contrafacenti sono tenuti coll'azione d'ingiurie. Così opina messer Paolo suddetto, e specialmente procede per la notte, avvegnachè di notte non sia lecito passare per le case altrui. — Nel secondo caso principale fallisce la regola, allorchè taluno avesse la servitù di passaggio, di condotta o di strada. In terzo luogo, allorchè alcuno vuole scavare il suo tesoro o prendere il danaro nascosto sotterra. Quarto, allorchè la mia *ghianda*, ovveramente i miei frutti caddero nel tuo campo, ed io voglia raccorli; io che intendi aver luogo per lo spazio di 3 giorni. Quinto, quando io voglio ricercare il mio servo fuggitivo; e queste tre ultime eccezioni sono messe anche dalla glossa. Sesto, fallisce la regola nell'altro caso, ch'è posto nel capo ultimo 23 quest. 2. Settimo, quando la strada pubblica è distrutta, secondo che nota la glossa, ma Cino dice ch'ivi le glosse non sanno quello si dicano. Ottavo, fallisce allorquando io voglia prendere l'uva che ho comperata, avvenga che per tale uopo io possa entrare nel fondo del venditore, nel quale si trova. E perciò io dico che avviene lo stesso, qualora la decima si debba pagare nei fondi, perchè il decimante può entrarvi per lo scopo di decimare e trasportare la decima. Nono, fallisce, quando taluno ha un sepol-

(10) *L. si locus, §. fin. ff. quemadm. serv. amit.*
(11) *In d. l. per agrum, et has sex ultimas fallantias ponit, 1. dist. omnes ll. in fas, in fin.*

Digitized by Google

fallit, quando quis sepulchrum habet: sed iter ad sepulchrum non habet: quia potest ire per fundum vicini, dato isto pretio (1). *Et idem: quando esset ecclesia vel monasterium, et non posset haberi iter vel aditus per viam publicam, vel per loca ecclesiae vel monasterii: quia tunc poterit per fundum vicini, dato sibi justo pretio, dummodo vicinus non patiatur magnum detrimentum* (2): *et idem, quando quis non haberet aliunde iter ad suum fundum privatum: quia potest eodem modo ire per fundum vicini* (3). *Decimo fallit, quando quis ivisset per fundum alienum 30. diebus saltem in ann. qui tunc iterum non poterit, nec posset per dominum fundi prohiberi: quia ibi dicitur esse in quasi possessione* (8*) *itineris: et si prohibeatur, posset convenire dominum interdicto, de itin. actuque priv.* (4) *quae dicit, quod ad haec duo requiruntur: certum tempus, scilicet quod iverit per annum, et 30. saltem dies, quorum si unum defuerit, cessat illud interdictum: de quo dicam plenius in 2. quaest. quod tene menti, et non permittas vicinum transire per fundum 30. diebus uno anno.*

XXV. *Ultimo principaliter quaero, quot requirantur, ut quis sit in quasi possessione itineris, sive eundi in fundum meum, ita quod eum impedire non possim quominus eat, et si impediam, teneat interdicto de itin. act. priv. Et dic quod plura requiruntur. Primum, quod infra annum iverit. Secundum, quod fuerit saltem per 30. dies* (5). *Et ratio, quare non sufficit ire semel, sicut sufficit semel aquam ducere per fundum alterius* (6): *est, quia ire per fundum alienum, potest fieri per modum cujusdam familiaritatis vel amicitiae* (7), *et est licitum ire per fundum alienum: quod potest fieri per modum cujusdam familiaritatis* (8), *et ideo per primum actum usus non acquiritur quasi*

cro, ma non ha sentiero per andervi, perchè può passare pel fondo del vicino, pagando un giusto prezzo. Così pure allorquando il padrone del sepolcro fosse una chiesa o monastero, e non potesse avere il passaggio od il transito per la pubblica strada, o pei luoghi della chiesa o del monastero; imperocchè allora potrà passare pel fondo del vicino, sborsando un giusto prezzo, purchè il vicino non soffra per ciò danno grave; e così pure, allorquando alcuno non avesse d' altra parte il passaggio per al fondo privato, perchè nello stesso modo potrebbe passare pel fondo del vicino. In decimo luogo fallisce la regola, quando taluno transitasse pel fondo altrui almeno 30 giorni in un anno, avvegnachè in tal caso il padrone del fondo non potrebbe, nè può proibirglielo, essendochè il passante si dica essere nel quasi-possesso del passaggio, e se questo gli venisse vietato potrebbe convenire il padrone coll'interdetto del passaggio e della condotta privata. E dice la glossa, che a tal uopo occorrono questi due requisiti, 1.° un certo tempo, cioè che sia passato, per un anno, od almeno per 30 giorni in un anno, dei quali se uno solo mancasse, l' interdetto non si può più far valere; 2.° che il padrone non permetta al vicino di passare pel fondo 30 giorni in un anno (*o*).

XXV. Finalmente ed in principal modo domando: quante cose si richieggono, affinchè alcuno sia nel quasi-possesso del passaggio, ossia del diritto di passare pel fondo mio, così che io non possa impedirgli che passi, e se lo impedissi sia tenuto coll'interdetto del passaggio e della condotta privata? Rispondi, che occorrono parecchie cose. Primo, che sia passato per un anno. Secondo, che sia passato almeno per 30 giorni in un anno; e la ragione, che non basta passare una volta, come basta il condurre una sola volta l' acqua pel fondo altrui, è questa: che il passaggio pel fondo altrui è lecito, e può avvenire a cagione di una certa famigliarità, e perciò non si acquista il quasi-possesso mediante il primo

Digitized by Google

habet jus faciendi (1) *ideo per unicum actum acquiritur quasi possessio hujus juris ducendi aquam: quia istud non potest dici fecisse jure familiaritatis vel amicitiae* (2) *ut not. Bart., et hoc in servitute affirmativa, secus in negativa, quia in illa requiratur factum hominis prohibentis* (3).

XXVI. *Sed adverte ad istam defferentiam inter servitutem affirmativam et negativam quantum ad hoc ut requiratur factum hominis requirentis, vel non: quia text. et Bartol.* (4) *per alia verba loquuntur: dicunt enim: aut est servitus urbana; et requiritur factum hominis prohibentis* (5), *aut est servitus rustica, et tunc non requiritur aliquod factum hominis prohibentis, sed solum negligentia, vel scientia cum patientia adversarij, et hoc etiam videtur tenere dom. Paul.* (6) *quod not. quia multi in hoc errant credentes, quod etiam in servitutibus rusticis ad hoc ut quis constituatur in possessione, et sic incipiat praescribere, requiratur factum hominis prohibentis, quod non est verum* (7). *Et ista perpetuo tene menti secundum Barthol.* (8) *in acquisitione quasi possessionis aliorum jurium incorporalium: exemplum, si commune civitatis pateretur aliquem stare in consilio semel, sicut patitur aliquando civitas Venetiarum intrare consilium suum forensem nobilem: nam ex hoc non esset in quasi possessione illius juris essendi in consilio, nisi ex frequentia actuum ad minus 30* (9), *quia istud potest fieri jure facultatis vel familiaritatis. Secus si civitas pateretur esse aliquem de prioribus vel proponere in consilio tamquam consiliarium: nam tunc ex unico actu illius juris induceretur quasi possessio* (10), *et idem dicit Bart.* (11) *ut ex qualitate actuum requiratur unus actus vel plures: et pro praedictis vide gloss.* (12) *et ibi etiam per Innocen. et Dd. Tertio principaliter requiritur, quod ive-*

ritto di farlo; e però mediante un solo atto, si acquista il quasi possesso di tale diritto di condur acqua, perchè ciò non può dirsi avvenuto in forza di famigliarità o di amicizia, come dice Bartolo; lo che ha luogo nella servitù positiva, non già nella negativa, perchè in questa occorre il fatto dell'uomo che proibisca.

XXVI. Ma porrò avvertenza a questa diversità fra la servitù affermativa e la negativa rispetto a ciò, che sia necessario il fatto dell' uomo che proibisce, o non lo sia; imperocchè sì i testi, che Bartolo, parlano in altro modo. Dicono essi: o la servitù è urbana, ed occorre il fatto dell' uomo che proibisce; o la servitù è rustica, ed allora non abbisogna alcun fatto dell' uomo proibente, ma solo la negligenza o la scienza e pazienza dell' avversario; e ciò eziandio sembra pensare Paolo di Castro; lo che nota bene, perchè molti errano in ciò, che credono che il fatto dell'uomo proibente sia necessario affinchè alcuno sia costituito in possesso, e così abbia principio la prescrizione; il che non è vero. E queste cose perpetuamente ricorda, giusta Bartolo, per lo acquisto del quasi-possesso degli altri diritti o cose incorporali. Un esempio a proposito si avrebbe, se il comune di una città soffrisse che alcuno venisse in consiglio una sola volta, come talvolta sopporta la città di Venezia, che un suo nobile di terraferma entri una sola fiata in consiglio; perchè non si potrebbe da ciò dedurre che quel cotale sia nel quasi-possesso del diritto di entrare in consiglio, occorrendo a tal uopo la frequenza degli atti, per lo meno 30; avvegnachè l' entrata possa avvenire a cagione di famigliarità o di amicizia. Diversamente, qualora la città sopportasse che alcuno fosse de' priori, o proponesse in consiglio, come un consigliere; poichè allora da un solo atto s' indurrebbe il quasi-possesso di quel diritto. Lo stesso dice Bartolo, onde dalla qualità degli atti si deduca se ne sia necessario uno solo o parecchi; e circa queste cose vedi la glossa, Innocenzo ed i Dottori. — In terzo luogo principalmente si ri-

(1) *Ut l. aquam, C. de serv.*
(2) *In l. 1. § sed hoc interdicto, in princ. ff. de itin. actuq. priv, in d. l. 1. C. de serv.*
(3) *Per not. in l. qui luminibus, ff. de servit.*
(6) *In d. l. 1. vers. circa secundam lect.*
(7) *Ut dixi.*
(8) *In d. l. 1. § hoc interdicto, ff. de itin. actuque priv.*

Digitized by Google

rit quis jure servitutis credens uti jure suo (1), *et ideo alio modo, quam quasi jure servitutis: puta quia propter rivum qui crevit, aut quia via publica est destructa, ita quod ad suum ire non poterat, et propterea per fundum vicini ivit: nullum jus sibi quaeritur* (2). *Et idem si quis ivisset per fundum non vi, aut clam, nec precario, non tamen id jure suo faceret, sed si prohiberetur non facturus, non daretur ei hoc interdictum, nec propter hoc diceretur in quasi possessione servitutis* (3): *et idem si ivisset jure familiaritatis, vel amicitiae etiam per annum, et ultra, propter hoc non diceretur etiam in quasi possessione eundi* (4): *et ibi dicit Bart. quod iste casus saepe occurrit. Nam mater et filius stant simul, et filius vadit per fundum matris, postmodum eum dividunt, dicit filius, ego possedi talem fundum nam in dubio intelligitur fuisse jure familiaritatis, ut non possideat. Idem dicit in fratre et sorore simul habitantibus, et habentibus patrimonium indivisum: quia si frater solus vadit ad possessiones locandas, et fructus solus recolligit: communiter videtur facere causa familiaritatis* (5), *licet nunquam vadat dominus, et ad praedicta vide quod not. Innocent.* (6) *quod not.*

XXVII. *Sed circa praedicta insurgit dubium, quomodo probabitur, quod crediderit uti jure suo? Secundum aliquos probabitur suo sacramento, pro qua opin.* (7), *quod in his quae consistunt in conscientia seu voluntate alicujus, status ejus sacramento. Illa gloss. not. loquitur de juramento, sed gloss. bene hoc dicit* (8). *Sed Barthol.* in d. § *hoc non tenet, dicens quod not.* in d. § alia, *procedit quando procedit titulus, ex quo creditur sibi,*

(1) *Ut l. fin. ff. de itin. actuque priv. et l. 1. § Julianus recte, eod. tit. et l. fin. quemadmod. servit. amit. et not. gloss. in l. 1. § 2. in vers. usus sit, in princ. et ibi Barthol. ff. de itin. actuq.*

(4) *Ut d. l. qui jure familiaritatis, ff. de acquir. possess.*

(5) *Per dictam l. si mulieri, ff. qui mo. usu. amitt. et idem in colono.*

chiede. che alcuno sia passato per diritto di servitù, credendo usare del proprio diritto, e perciò in altro modo che per quasi diritto di servitù; per esempio, perchè, o pel rivo ch'è cresciuto, o per la strada pubblica che è distrutta, non poteva andare al suo fondo, e perciò passò pel fondo del vicino; egli per questo non acquista alcun diritto. Così pure, se taluno passasse pel fondo altrui, nè per forza, nè di nascosto, nè precariamente, non per tanto ciò non farebbe per proprio diritto; e se gli fosse proibito di passare in avvenire, non potrebbe valersi dell' interdetto relativo, nè per ciò si direbbe esser in quasi-possesso della servitù. Così pure, se passasse per diritto di famigliarità o di amicizia, anche per un anno e più, non per ciò si direbbe esser in quasi-possesso del passaggio, come dimostrano i testi, e come nota Bartolo; il quale dice, che questo caso spesse volte accade, che, a mo' d' esempio, la madre ed il figlio vivano insieme, ed il figlio passi pel fondo della madre, e poscia si dividano ed il figlio dica: io ho posseduto quel fondo; perchè nel dubbio si reputa ciò essere avvenuto per diritto di famigliarità, non perchè egli posseda. Lo stesso dice rispetto al fratello ed alla sorella, che abitano insieme ed hanno un patrimonio indiviso; perchè se il fratello soltanto va a locare le possessioni e solo raccoglie i frutti, comunemente ciò sembra fare a cagione di famigliarità. Così pure rispetto al colono, quantunque mai vada il padrone; e per tutto ciò vedi Innocenzo, e ponvi attenzione (*p*).

XXVII. Ma circa le or dette cose sorge il dubbio seguente: in qual modo si proverà ch' abbia creduto di usare del proprio diritto? Secondo alcuni, lo si proverà mediante il suo giuramento, per la quale opinione vale a sostegno la glossa, che dice, che in quelle cose che dipendono dalla coscienza o volontà di alcuno, si sta al di lui giuramento. Ma Bartolo dà contraria sentenza, dicendo che quanto nota la glossa sul § *aliae Instit. de act.* procede, allorquando ante-

Digitized by Google

si nullus titulus praecedat, sicut praesupponitur in casu nostro. Unde secundum Barthol. debet aliter probari, quam per sacramentum proprium: puta per testes, qui dicant se vidisse constitui servitutem si asserit se habere bonam fidem: secus a tali qui putabatur dominus illius praedij, vel quod fuit legata servitus Titio, et ille vocabatur Titius. Hoc tamen non putat esse verum Barthol. quia secundum hoc sequeretur, quod deberet probare titulum verum, vel putativum: quod est contra l. si quis diuturno ff. si serv. vend. et contr. not. per Dyn. (1) *et ideo Barthol.* (2) *dicit secundum Jacob. de Aret. et Cyn.* (3) *quod sufficit probare se audivisse hoc dici a quibusdam vicinis aut fide dignis, quod sibi competebat jus eundi. Facit ad hoc gloss. not.* (4) *quae dicit, quod domino fide digno credendum est. Tamen Bart.* (5) *concludit, quod debet probari aliquid, propter quod ipse motus sit ad credendum sibi servitutem competere* (6). *Et ideo putat, quod si erat fama per contratam licitum potest credere* (7). *Idem dicit sub dubio forte, si ibi erant signa viae, vel itineris, vel aliqua verisimilia, quae possunt animum adducere ad istam credulitatem: et istud procederet, quando signa viae vel itineris tenderent ad fundum illius qui ivit: et istud probaret sitis fuisse in dubio de jure suo, et sic servitutis, nisi ex qualitate personarum aliud praesumeretur: ut dixi supra de fratre et sorore. Item potest probari, quod quis iverit jure suo, et sic jure servitutis ex actibus. Nam quidam sunt actus, quos ego non facerem, nisi quod servitus mihi competeret: ut praecidere sepem, causa eundi. Unde ex similibus actibus potest hoc comprehendi: secundum Bart.* (8) *qui etiam allegat hac not.* (9) *ubi omnino vide, quia hoc optime declarat, qualiter*

cede un titolo pel quale gli si crede, se asserisca di avere la buona fede; non già quando niun titolo preceda, come si presuppone nel nel caso nostro. Laonde, secondo Bartolo, dev'esser provato in altro modo che pel suo giuramento, per esempio, mediante testimoni, i quali dicano di aver veduto costituire la servitù da tale, ch' era stimato padrone del fondo, oppure che fu legata la servitù a Tizio, e questi si chiamava Tizio. Tuttavolta ciò non è creduto vero da Bartolo, poichè posto questo, seguirebbe che dovesse provare il titolo vero o putativo; lo che sta in opposizione alla legge *si quis ff. si serv. vind.*, ed a ciò che nota Dino; e però lo stesso Bartolo, abbracciando l'opinione di Giacomo d'Arezzo e di Cino, dice che basta provare di aver udito a dire da alcuni vicini o da altri degni di fede, che gli competeva il diritto di passare. Serve a sostegno di questa opinione la glossa, la quale dice doversi credere al padrone degno di fede. Nondimeno Bartolo conchiude, che debba provare qualche cosa, per la quale egli sia stato indotto a credere che gli spettasse la servitù; e però stima, che se ne correva fama per la contrada, si possa credergli lecitamente. Del pari dice sotto forte dubbio, poterglisi credere se vi erano colà segnali della strada o del passaggio, od altri indizii verosimili, che possano indurre si fatta credenza nell' animo; e questo procederebbe, quando i segnali della strada o del transito tendessero verso il fondo di quegli che passò, e questo provasse ch' era stato abbastanza dubbioso circa il suo diritto e però circa la servitù, tranne il caso ch' altro si presumesse per la qualità delle persone, come dissi più sopra circa il fratello e la sorella. Del pari può provarsi mediante gli atti, che alcuno passò per proprio diritto e quindi per quello di servitù; imperocchè vi sono alcuni atti ch' io non farei, se non mi spettasse la servitù; come il tagliare la siepe onde aprirmi il passaggio. Laonde da consimili atti può dedursi questa conoscenza, secondo Bartolo; lo che è notato eziandio

Digitized by Google

potest constare quando quis ivit per fundum alterius, credens uti jure suo.

XXVIII. *Item an requiratur quod quis usus fuit itinere per seipsum: an vero sufficiat quod alius pro se iverit? Et dic, quod sufficit, quod colonus, aut hospes, aut amicus vel alias alius iter ad fundum fecit, qui pro nobis servitutem retinere possit* (1).

XXIX. *Et not. quod si quis usus fuerit itinere per fundum vicini, quod quo adusque fuerit ingressus usque ad illum locum in fundo, ad quem ingressus esset, diceretur esse in quasi possessione, et ei competit interdictum de itin. actuque priv.* (2); *et est ratio, quia agitur de servitute quaerenda. Nam tunc per usum partis non acquirit jus in toto fundo, secus ubi agerètur de servitute retinenda, quam constat eum habere: quia per usum partis tota retinetur* (3): *quam perpetuo tene menti, et per hoc dicit ibi Barthol. multum notabiliter, quod si quis jus colligendi pedagium vult dicere se praescripsisse: si probat quod usus est colligere de talibus rebus, et in illis tantum dicetur acquisivisse, de quibus apparet, quod usus fuerit. Jacob. dicit de praescribenda jurisdictione, quod probata quasi possessione certi actus in illo tantum praescribat. Secus si haberet concessionem ab aliquo, qui habet jus tenendi: tunc si utitur jurisdictione, actu retinetur in omnibus, et idem tenet Barthol.* (4); *de quo vide plene in Specul.* (5) *et per Innocent.* (6) *et Dd.* (7).

XXX. *Sed dubium est, an sit necesse usum viae retinere sciente et patiente adversario, et videtur quod sic* (8). *Nam cum quasi possessio jurium incorporalium nihil aliud sit, quam patientia adversarii* (9): *ille qui ignorat, non potest pati: et sic ille qui utitur, non potest esse in*

stare che alcuno sia passato pel fondo altrui, credendo usare del proprio diritto (*q*).

XXVIII. Parimente si chiede, se occorra che alcuno abbia usato da sè stesso del passaggio, oppure se basti che un altro sia passato in sua vece? Rispondi bastare, che il colono, o l'ospite, o l'amico od altri sia passato per andare al fondo, essendochè ognuno di questi possa conservarci la servitù (*r*).

XXIX. E deve notarsi, che se alcuno usò del passaggio pel fondo del vicino, dal punto nel quale è entrato fino a quello in cui è uscito, si dirà essere in quasi-possesso, e gli competerà l' interdetto del passaggio e della condotta privata: e la ragione si è questa, che trattasi di servitù da acquistarsi. Imperocchè in tale caso, mediante l'uso della parte, non si acquista il diritto in tutto il fondo. Diversamente però, ove si trattasse di conservare la servitù, che consta esser posseduta; perchè allora mediante l' uso d' una parte si conserva tutta. Locchè tieni a memoria; e per questo dice Bartolo molto notabilmente, che se alcuno asserisce di aver acquistato per prescrizione il diritto di riscuotere un pedaggio, qualora provi che usò riscuotere tali cose, in quelle soltanto si dirà aver acquistato il diritto, delle quali apparisce aver usato. Giacomo poi dice, circa il prescrivere la giurisdizione, che provato il quasi-possesso di un certo atto, in questo soltanto si prescrive. Altrimenti avverrebbe se taluno avesse la concessione da un altro, che ha diritto di tenere giurisdizione, perchè allora se usasse di questa, con un solo atto la conserverebbe in ogni sua parte; il che vien confermato da Bartolo, dallo Speculatore, da Innocenzo e dagli altri Dottori (*s*).

XXX. È dubbioso però se sia necessario conservare l' uso della strada con scienza e pazienza dell'avversario. Rispondi, che sì. Conciossiachè il quasi-possesso dei diritti incorporali null' altro essendo che la pazienza dell' avversario, è certo che quegli che ignora non può soffrire, e così pure

(1) *Ut l. 1. § is colonus, et l. 3. § in hoc interdicto, ff. de itin. actuque priv.*

(2) Casus est notabilis cum gloss. *et not. ultimo, in vers. quoadusque, in l. 1. § si quis hoc interdicto, ff. de itin. actuque priv.*

(3) *Ut l. si stillicidii, § fin. ff. quemad. servit. amitt. secundum gloss. in d. § si quis hoc interdicto.*

(4) *In l. si publicanus, § fin. ff. de public.*

(5) *De jura. val. in § 1. in princ. ultim. colum. in vers. illud etiam not. quod possessio.*

(6) *In c. dilecto in fin. extra, de offic.* Archid. et gloss. fin. *in Clemen. 1. de for. compet.* et per Barthol. Angel.

(7) *In l. 3. in princ. ff. de acquirend. possess.* per Bald. *in l. una est via, ff. de serv. urb. praed. in apostillis,* et plene per Flor. *in l. servitutes la grande in 10. col. ff. de serv. et in l. si sic constituta, in fin. ff. quemadm. serv. amitt. et in l. 1. si servit. in fin. princ. et in l. fin. eod. tit. et per* Do. Paul. *in l. 1. in princ. ff. de jura. cal. et in l. restituta, in princ. ff. ad. Trab.*

(8) *Per l. 2. C. de servit. et aqua.*

(9) *Ut l. quaties, ff. de servit.*

Digitized by Google

quasi possessione illius juris, istud tenet Innoc. (1). *Sed Barthol.* (2) *dicit aliter, videlicet, quod quaedam sunt servitutes habentes causam continuam, pro quibus datur utile interdictum, uti poss. tunc cum illud interdictum datur possessori, necesse est quod probetur scientia adversarii, cum aliter non possit haberi illa quasi possessio. Quaedam sunt servitutes, habentes causam discontinuam, pro quibus datur interdictum.* de itin. actuque priv. *et in istis non requiritur, quod probetur scientia adversarii, quia verba illius edicti non requirunt quem quasi possidere, vel quasi possedisse: sed requirunt simplicem usum facti. Dicit enim praetor, quo itinere usus es? non dicit, in cujus itineris quasi possessione es, unde sufficit probare, quod non vi, aut clam, non precario. Dicit tamen, quod quoad praescribendam servitutem, semper requiritur scientia adversarii: cum sine possessione praescriptio non procedat* (3).

XXXI. *Ex quo not. quod sufficit si aliquis sit usus itinere vel actu, nec desideratur quod fuerit constituta servitus vel debeatur* (4). *Quarto principaliter requiritur, ut fuerit usus quis non vi, non clam, nec precario* (5). *Et dicitur usus vi, quando adversario prohibente: clam, quando adversario ignorante: precario, quando adversario concedente ad ipsius bene placitum, et non ultra, quae omnia declara* (6).

XXXII. *Sed circa istud potest dubitari de duobus. Primo, qualiter hoc probatur. Secundo cui incumbat hoc onus probandi. De primo videtur quod poterit probari per testes: ut not. gloss.* (7) *et ibi per Barthol. in fin. qui dicit, quod hoc non esset verum, quando diceretur, quia non iverit: quia cum ista sit mera negativa,*

quegli che usa non può essere in quasi-possesso di quel diritto. Ciò crede Innocenzo, ma Bartolo dice altrimenti, cioè, che vi sono alcune servitù, che hanno una causa continua, per le quali è dato l' utile interdetto *uti possidetis*; e siccome quest' interdetto si dà a chi possede, così è necessario che sia provata la scienza dell'avversario, mentre in altro modo non si può avere quel quasi-possesso. Vi sono altresì alcune servitù, che hanno una causa discontinua, per le quali è dato l' interdetto *del passaggio e condotta privata*, ed in queste non occorre che sia provata la scienza dell' avversario, perchè il tenore di quell' editto non dimanda che alcuno quasi-posseda od abbia quasi-posseduto, ma richiede un semplice uso di fatto. Imperocchè dice il Pretore: *quo itinere usus es?* non già *in cujus itineris quasi possessione es?*; onde basta provare che non hai usato per forza, o di soppiatto, o precariamente. Tuttavolta soggiunge, che per prescrivere la servitù sempre è necessaria la scienza dell'avversario, mentre senza possesso la prescrizione non procede (*t*).

XXXI. Dal che discende il notabile, essere sufficiente che taluno abbia usato del passaggio o della condotta, nè desiderarsi che la servitù sia stata costituita o sia dovuta. In quarto luogo principalmente si richiede, che quegli che acquista il quasi possesso del passaggio, abbia usato di questo non per forza, nè di nascosto, nè precariamente. E si dice usare per forza, quando l'avversario il proibisce; di nascosto, quando l'avversario lo ignora; precariamente, quando l' avversario lo consente, ma a suo beneplacito, non già più oltre; le quali tutte cose spiega co' testi.

XXXII. Ma rispetto a ciò si può dubitare di due cose, cioè, primo, in qual modo questo si provi; secondo, a chi spetti il peso della prova. Circa la prima, sembra che si possa provarlo mediante testimoni, come notano la glossa e Bartolo, il quale dice, che questo non sarebbe vero, quando si dicesse che non è passato; perchè essendo questa

Digitized by Google

mativa per testes: Negativa eo modo, quo dicetur infra. De secundo est majus dubium. Quidam enim dicunt, quod hoc debet probari ab adversario, qui dicit vi, clam, vel precario usum. Guilielm. tamen (1) *determinat contrarium, videlicet quod imo debeat probari per eum, qui dicit se usum esse itinere, et agit hoc interdicto de itinere actuque priv.* (2). *Sed Dyn. hoc reprehendit: dicens, quod probato usu 30 dierum, praesumitur quod bona fide, non vi, non clam, vel precario iverit: etiam si non probet. Nam sicut in rebus corporalibus, si probetur titul. praesumitur bona fides, nisi probetur mala* (3): *ita in corporalibus debet praesumi bona fides solo usu probato, cum quoad praescriptiones ista duo sint paria, probare usum in servitutibus, sine tit. et in corporalibus probare titulum et longam possessionem. Nam utroque casu idem iuris* (4). *Ita sunt verba Dyn. ut refert Bart.* (5); *sed Barthol.* (6) *dicit quod Dd. reprehendunt Dyn. Nam ista non sunt paria: quia de jure naturali et gentium quaelibet res est libera* (7): *et ideo mala fides alterius est ipso jure approbata, nisi probetur aliquid, ex quo praesumatur bona fides: sed in rebus corporalibus hoc non contingit. Nam jus commune possidentis non resistit* (8): *et ideo Barthol. concludit* (9) *quod non sufficit probatio solius usus, sed debet probare aliquid, propter quod ille motus fuerit ad credendum sibi deberi servitutem* (10): *quo probato alteri parti incumbit onus probandi, quod ille sit usus vi, clam, vel precario* (11). *Quinto principaliter requiritur, quod itinere vel actu usus sit ad praedium rusticum: non autem ad praedium urbanum. Quia hoc interdictum tuetur tantum rusticas servitutes* (12), *et ita tenet Rofred.* (13); *sed quaeri-*

Dunque l'affermativa si proverà mediante i testimoni, la negativa in quel modo, che diremo fra poco. Circa la seconda ricerca, il dubbio è maggiore. Imperocchè alcuni dicono, che ciò deve essere approvato dall'avversario, che afferma aver egli usato per forza, di soppiatto o precariamente. Guglielmo da Cunio però stabilisce il contrario, cioè, che anzi debba esser provato da quegli che asserisce di aver usato del passaggio, ed agisce coll' interdetto *del passaggio e condotta privata*. Ma Dino riprende questa sentenza dicendo, che provato l'uso di 30 giorni, si presume che sia passato in buona fede, non già per forza, di nascosto o precariamente, anche se non lo prova. Imperciocchè siccome nelle cose corporali, se il titolo è provato, si presume la buona fede, quando non sia provata la mala, così nelle incorporali si deve presumere la buona fede per la sola prova dell' uso, mentre rispetto alle prescrizioni queste due cose sono pari, cioè nelle servitù provar l' uso senza il titolo, e nelle cose corporali provare il titolo ed il lungo possesso; avvegnachè in ambi i casi sia giuridicamente lo stesso. Queste sono parole di Dino, come Bartolo riferisce; ma questi soggiunge, che i Dottori biasimano Dino, perchè queste due cose non sono pari, essendochè per diritto naturale e delle genti ciascuna cosa sia libera, e perciò l'altrui mala fede è giuridicamente provata, se non si provi alcunchè, dal quale si desuma la buona fede; ma nelle cose corporali ciò non avviene, perchè il diritto comune del possessore non serve a difesa. E perciò Bartolo conclude, che non basta la prova del solo uso, ma deve provare eziandio qualche cosa, per la quale egli s'indusse a credere che la servitù gli fosse dovuta; provata la quale, all' altra parte incombe il carico di provare, ch'egli abbia usato violentemente, o di soppiatto o precariamente (*n*). In quinto luogo precipuamente si richiede, ch' abbia usato del passaggio e della condotta per il fondo rustico, non già per l'urbano. Imperocchè questo interdetto protegge le servitù rustiche soltanto, e così

(1) *In d. § secundo, in versic. usus sit, in fin.*
(2) *Argum. dictae l. 1. in princ. et l. si quis*

(8) *Ut ipse not. in l. si prius, ff. de nov. oper. nun. et gloss. tangit in l. sicuti, § si quaeratur, ff.*

Digitized by Google

tur quare non pro servitute urbana, sicut pro rustica datur? dicit Rofre. (1).

XXXIII. *Quod jura magis consulunt alicui habenti rusticam servitutem, quam urbanam: sicut et alia est differentia inter praedia rustica et urbana* (2). *Sed credo quod ista non sit bona ratio, sed potius alia: quia frequentius contingit, quod quis vadat per fundum alienum rusticum, quam per urbanum: imo raro contingit quod quis vadat per fundum alienum urbanum jure servitutis: lex locuta est de servitute rustica* (3), *gloss. dicit, quod licet servituti urbanae non detur interdict. directum de itin. actuque priv., tamen forte dabitur utile, et sequitur ibi Barthol. dicens, quod si servitus urbana habet causam continuam, tunc habet locum utile interdictum, uti possess.* (4), *si vero habet causam discontinuam, tunc potest habere locum utile interdictum de itin. actuque priv., et hoc teneas: pro hoc vide Barthol.* (5). *Sexto principaliter requiritur, quod ille qui ivit per fundum alterius, habeat etiam fundum juxta illum, et propter fundum suum iverit per fundum alterius: quia nemo interdictum de iti. actuque priv. habet, nisi et alius habeat praedium, et ipse etiam praedium habeat, quia servitutem ratione praedii alieni quis habere non potest* (6), *et maxime cum hoc interdictum non tueatur nisi rusticas servitutes* (7): *et hoc tenet Rofr.* (8). *Septimo principaliter requiritur, quod inter praedium quod patitur, et fundum vicini, non sit aliud praedium, per quod iri non possit: quia tunc non competeret hoc interdictum; et ratio est secundum Rofr. in praedicto libell. quia hoc interdictum cum est ad tuendas rusticas servitutes, ut dixi, medium praedium quod non servit, impedit servitutem* (9). *Octavo et ultimo principaliter requiritur ad hoc, ut competat istud interdictum de itin. actuque priv. quod ille qui*

pensa Roffredo. Ma si dimanda, perchè non sia dato a difesa della servitù urbana, come si dà per la rustica? Risponde Roffredo:

XXXIII. Che i testi provvedono meglio a colui che ha una servitù rustica, che a quegli che n'ha un'urbana, nella stessa guisa che vi è un' altra differenza fra i predii rustici e gli urbani. Ma io credo, che questa non sia buona ragione, e che invece ve ne sia un' altra, cioè, che più di frequente accade che taluno vada per l' altrui fondo rustico, che non per l'urbano, per diritto di servitù; e perciò la legge parla della sola servitù rustica. La glossa dice, che, sebbene per la servitù urbana non sia dato l' interdetto diretto del passaggio e condotta privata, nondimeno forse compete l' utile; e Bartolo prosegue dicendo, che se la servitù urbana ha una causa continua, allora ha luogo l'utile interdetto *Uti possidetis;* se poi ha una causa discontinua, allora può aver luogo l'utile interdetto *del passaggio e della condotta privata;* e questo siegui, e su ciò vedi lo stesso Bartolo (*v*). In sesto luogo principalmente si richiede, che quegli che passò pel fondo altrui abbia anch' egli un fondo presso di quello, ed a cagione di esso sia passato per l' altrui fondo; perchè nessuno può avere l' interdetto del passaggio e condotta privata, qualora un altro non posseda un fondo, ed egli stesso non n'abbia uno; dacchè nessuno può aver servitù per la sola ragione del predio altrui, e ciò massimamente, dacchè questo interdetto non protegge che le servitù rustiche, come è tenuto da Roffredo (*x*). In settimo luogo principalmente è necessario, che tra il fondo che soffre la servitù, e quello del vicino, non esista un fondo interposto, pel quale non si possa passare, perchè allora tale interdetto non competerebbe, e la ragione, secondo Roffredo, è questa, che lo interdetto è dato a difesa delle servitù rustiche, e, come già dissi, il fondo interposto, che non serve, impedisce la servitù (*y*). In ottavo ed ultimo luogo principalmente af-

Digitized by Google

rantur ad praescribendam servitutem, vide quae plene dixi supra in libell. praeced. (1).

XXXIV. *Sed dubitari posset quae utilitas resultat ex hoc, quod quis iverit per fundum alienum, modo saltem 30 dies, et propter hoc dicatur esse in quasi possessione. Et gloss.* (2) *format istam quaestio. dicit enim primo, quod quidam volunt, quod prosit in hoc: quia praesumitur competere ei servitutem, sive negatoria conveniatur; sive confessoria agat, quod potest licet possideat* (3): *et ista fuit opin. Placen. qui voluit, quod quis in possessione, vel quasi praesumatur habere jus, nisi probetur contrarium quam gloss. reprobat* (4); *et sic ista opin. non est vera. Alii dicunt et ista est secunda opin. quod prodest, quoad hoc, ut si impediatur, postea possit resistere, scilicet extra judicium, et si redditur interdictum non in jure, sed in ipso praedio, licet ei se defendere ex vi interdicti: at si in judicio agatur confessoria a se possidente, vel negatoria ab alio contra se possidentem, vel non possidentem, necesse habet de jure suo docere: at si agat ex secundo capite,* quod est in l. 3. § ait praetor. ff. de itine. actuque priv. *poterit turbari, nec ipse potest resistere, nisi probet sibi servitutem competere: ut ibi. Ista opin. in quantum dicit, quod potest resistere, de facto dicit verum, ut dicam statim in sequen. opin. Sed in quantum vult quod non possit agi in judicio hoc interdicto,* est contra d. l. 1. de itine. actuque priv. *et contra mentem illius titul. secundum Barthol.* (5) *et ideo alii dicunt, et ista est tertia opinio et vera, quod probare usum 30 dierum in anno prodest, propter duo. Primo quia ille, qui est in quasi possessione eundi, sive agat confessoria sive conveniatur negatoria* (9*), *non oportet cavere, de non impediendo. Sed adversarius tenetur cavere, de non impediendo, usque ad finitum judicium negatorium. Secus si non possideret, et ageret, vel conveniretur pro servitute: quia tunc cavet de non utendo usque ad*

almeno per 30 giorni in un anno. Quali cose si richieggano a prescrivere la servitù, vedi nel capo antecedente.

XXXIV. Ma si può dubitare quale utilità provenga da ciò, che alcuno sia passato pel fondo altrui, almeno per 30 giorni, e perciò si dica essere in quasi possesso del passaggio. Questa quistione è formata dalla glossa, la quale dice primamente volere alcuni, che giovi in ciò, che si presume competergli la servitù, tanto se sia convenuto colla negatoria, quanto se agisca colla confessoria, il che può fare, benchè posseda; e questa fu opinione di Piacentino, il quale opinò, che chiunque è in possesso o quasi-possesso si presuma aver diritto, qualora non sia provato il contrario; ma essa fu riprovata dalla glossa, e però non è vera. Altri dicono, e questa è seconda opinione, che giova rispetto a ciò, che se viene impedito, può dopo resistere, cioè stragiudicialmente; e se viene restituito dall'interdetto, non già nel diritto, ma nel fondo stesso, gli è lecito difendersi in forza di quello; e se fosse intentata la confessoria in giudizio da lui che possede, o la negatoria da un altro contro di lui possidente o non possidente, egli è costretto a provare il suo diritto. Che se agirà pel secondo capo, giusta la legge 3 § *ait praetor ff. de itinere act. priv.*, potrà esser turbato, nè gli sarà consentito resistere, se non allorquando provi competergli la servitù. Questa opinione, in quanto dice che può resistere, dice in fatto il vero, come spiegherò nella seguente quistione; ma in quanto vuole, che non si possa agire in giudizio con questo interdetto, s'oppone alla detta legge 1.ª *ff. de itin. act. priv.*, ed alla intenzione di quel titolo, secondo Bartolo. Altri dicono, e questa è terza opinione, e la vera, che provare l'uso di 30 giorni in un anno giova per due ragioni. Primo, perchè quegli che è in quasi-possesso del passaggio, sia che agisca colla confessoria, sia che venga convenuto colla negatoria, non sarebbe obbligato a promettere di non impedire; bensì l'avversario è tenuto a prometter ciò sino alla fine del giudizio negatorio. Altrimenti sarebbe, se non possedesse, ed agisse o fosse convenuto per la servitù, perchè allora dovrebbe promettere di non usare sino al ter-

Digitized by Google

finem judicii: ut l. penu. ff. de aqua quoti. et aesti. *et dicit Barthol.* in d. § 2. *quod iste est verus intellectus* d. l. penul. *quae est difficili. Secundo prodest in alia: quia si extra judicium turbatur in utendo, non solum potest de facto resistere, sed etiam in judicio agitur hoc interdicto, ut pronuncietur cum esse in quasi possessione: per hoc tamen non praesumitur habere servitutem, si cadat a possessione, et agat confessoria, et istam opin. tenet ibi glóss. magna* (1) *quam sequitur ibi Barthol. et communiter Dd.*

XXXV. *Et qua singulariter not. secundum Barthol. ibi, quod etiam in quasi possessione juris, habet locum illud, quod dicitur vim vi repellere licet: et ideo si universitas vel capitulum coadunatur ad aliquid faciendum, et ibi esset aliquis, qui non esset de corpore illius capituli vel universitatis, et vellet omni modo ibi esse, posset licite per universitatem expelli: quia turbat universitatem vel capitulum in quasi possessione juris in qua est.*

XXXVI. *Secundo not. quod in istis servitutibus incorporalibus, quae habent causam discontinuam, dicitur quis esse in quasi possessione, si modo illo anno usus esset tempore sufficienti: puta* 30 *diebus* (2), *adeo quod si turbas me, possum contra te resistere de facto. Sed si essent quaedam jura quae non requirunt usum, nisi interpolatum magno intervallo, tunc dicit ibi Barthol. quod putat sufficere me possedisse semel a longo tempore retra. Exemplum* in l. fin. Codic. de servitut. *et intelligitur tunc, quod dicitur hoc interdicto, hoc anno, hoc est, hoc uno tempore, quo requiritur iste usus: ut isto quinquennio, vel decennio, vel simili unde in electione episcopi, vel abbatis: si quis* 30 *ann. vel circa elegit episcopum unum certum: si modo deberet eligere et impediretur: sufficit eum docere, quod fuit in quasi possessione juris eligendi, in proxima*

mine del giudizio; e dice Bartolo, che questa è la vera mente della legge penultima *ff. de aqua quot. et aestiva*, la quale è difficile. Secondo, giova in altra parte, cioè se estragiudizialmente vien turbato nell'uso, non solo può opporsi di fatto, ma eziandio agire in giudizio con questo interdetto, affinchè sia pronunciato esser egli in quasi-possesso. Nondimeno per ciò non si presume avere la servitù, qualora perda il possesso ed agisca colla confessoria; e questa è opinione professata dalla glossa *magna*, e seguita da Bartolo, e comunemente da tutti i Dottori (*z*).

XXXV. Per la quale, secondo Bartolo, dee singolarmente notarsi, che anche nel quasi-possesso del diritto ha luogo ciò che si dice: esser lecito respingere la forza con la forza. Epperò se un' università od un capitolo si raunasse per far qualche cosa, ed in esso si trovasse alcuno, che a quel corpo non appartenesse, e volesse ad ogni modo restarvi, lecitamente potrebbe esser cacciato dalla detta università o capitolo, perchè lo turberebbe nel quasi-possesso del diritto, nel quale si trova (*aa*).

XXXVI. In secondo luogo è d'uopo notare, che in sì fatte servitù incorporali che hanno una causa discontinua, taluno si dice essere in quasi-possesso, qualora almeno in quell' anno abbia usato per un tempo sufficiente, per esempio, per 30 giorni; così che se mi turbi, io posso resisterti di fatto. Ma se fossero certi diritti, i quali non richiegono un uso, se non coll' interposizione di un grande spazio di tempo, allora Bartolo pensa che basti, ch'io abbia posseduto una volta da lungo tempo addietro. Di ciò v' ha esempio nella legge finale *Cod. de servit.*; ed allora s' intende ciò che vien detto circa questo interdetto colle parole: *in quest' anno*; cioè in questo tempo, nel quale tal uso è necessario, come, in questo quinquennio, in questo decennio e simili. Laonde se nell' elezione di un vescovo o di un abbate taluno in 30 anni o circa elesse per vescovo taluno; qualora dovesse

Digitized by Google

utilitates, esse in quasi possessione juris, quae ponuntur in l. sicut, § sed si quaeratur. ff. si servit. vend. et ibi not. et vide per Dyn. (1).

XXXVII. *Et pro declaratione praedictorum quaero, quomodo dominus poterit expellere eum qui est in quasi pos. juris eundi per fundum suum? et gloss.* (2) *dicit, quod oportet quod agat dominus negatoria, et probet illi servitutem non competere, alias non posset eum expellere. Sed dicit Barthol. quod hoc non est verum. Non enim habet necesse probare dominus servitutem non competere, sed sufficit probare se dominum: et tunc utenti negabitur facultas utendi servitute, nisi probet eam sibi competere* (3). *Sed tenendo opin. gloss. quod dominus haberet necesse probare illi utendi servitutem non competere, qualiter probabitur? Dicit gloss. singulariter* (4), *quod probabitur per testes, qui stabant ibi proprie, qui dicent, quod non fuit visus ire, nec potuisset ire, quin videretur. Quae gloss. est multum notabilis: quia docet probare negativam* (10*) *et idem not. alta gloss.* (5). *Vel potest probari dicta negativa per testes alio modo, secundum gloss.* in. d. l. § 2. *si quis dicit se vidisse tali die vel mense: probatur per testes, quod sciverint alibi fuisse illo tempore* (6): *et de ista probatione negativae habetur* (7); *dicit tamen Dyn. quem sequitur Barthol.* (8) *quod ista videtur esse dura probatio. Quid enim si portatur in carruca vel curru corpus, ita quod videri non potuit, vel si ivit tempore quo illi testes erant in domo ad comedendum, vel etc. Certe non video, dicit Dyn. qualiter ista probatio, de qua dixi, concludat. Praeterea ista probatio non concludit illi servitutem non competere: licet concludat illum non esse usum servitute, nisi vellet probare, tanto tempore non esse usum quod servitutem perdiderit.*

(1) *In l. 2. in 5. quaest. C. de serv. et aqua.*

(2) *In l. 1. § 2. in 1. gloss. magna, ante ff. de itin. actuque priv.*

(3) *Ut ff. si usufruct. pet. l. uti frui. et ibi notat. et l. sicuti, § sed si quaeratur, ff. si servit. vend.* et habetur plene per Bart. *in l. si prius, ff. de nov. oper. nunc.*

(4) *In d. l. 1. § 2. in gloss. magna in fin.*

(5) *Similis, in authen. de haered. et fal. § si vero absunt, in versic. et vidisse in fin. column. 1. et vide de hoc dom. Ant. Butr. in cap. ex tenore, ante fin. 2, column. extra de testim. et Angel. in § hinc nobis in 4. column. in princ. in authen. de haered. et fal.*

(6) *Ut l. optimam, Cod. de contrahen. et committen. stipul. facit quod not. in l. Pantonius, § rei perduellionis, ff. de acquir. haered.*

(7) *In l. actor. Codic. de probat. et in c. bonae memoriae extra, de elect.*

(8) *In d. l. 1. § 2. ff. de itin. actuque priv.*

eziandio altre utilità, che dipendono dal trovarsi in quasi-possesso del diritto, le quali sono indicate dalle legge *sicut § sed si quaeratur ff. si serv. vind.*, e da Cino (*bb*).

XXXVII. A spiegazione delle predette cose io dimando: in qual modo il padrone potrà scacciare colui, ch'è in quasi-possesso del diritto di passare pel fondo suo? La glossa dice esser necessario, che il padrone agisca coll'azione negatoria, e provi che a quegli non compete la servitù; diversamente non potrebbe scacciarlo. Ma Bartolo soggiunge, che ciò non è vero; imperocchè il padrone non è necessitato a provare, che a quello non compete la servitù, ma basta che provi ch'egli è padrone; ed allora sarà negato all' utente la facoltà di usare della servitù, qualora non provi che gli compete. Ma seguendo l' opinione della glossa, che il padrone debba provare che all' utente non compete la servitù, in qual modo si proverà ciò? Risponde la glossa singolarmente, che ciò sarà provato mediante testimoni, che stavano lì propriamente, i quali diranno che non lo videro passare, e che non avrebbe potuto passare senz' esser veduto; la qual glossa è molto notabile, perchè insegna a provare la negativa. Oppure questa negativa può esser provata per testimoni in altra guisa, secondo la stessa glossa; per esempio, se alcuno dice essere stato veduto nel tal dì, o nel tal mese, si proverà mediante testimonii, che in quel tempo era in altro luogo; e di questa prova della negativa parlano i testi; ma Dino però, seguito da Bartolo, dice che questa sembra essere una dura prova. Avvegnachè, che si dirà, se taluno è portato in carrozza od in cocchio così, che non possa esser veduto, o se passò in tempo, nel quale i testimonii stavano in casa a mangiare, oppure in altra simile circostanza? Certamente io non veggo, soggiunge Dino, in qual modo questa prova sia concludente. Oltre a ciò questa prova non prova, che a quello non compete la servitù, sebbene valga a dimostrare che non abbia usato di essa, purchè egli non voglia provare che non ha usato della servitù per tanto tempo da perderla (*cc*).

Digitized by Google

XXXVIII. *Hactenus visum est de interdicto de iti. actuq. priv. quod competit illi qui ivit per fundum alienum hoc anno per 30 dies, si impeditur vel prohibetur ire. Nunc videamus de alio interdicto, de itin. actuque priv. refi. quod competit illi qui habuit servitutem itineris vel actus, vel viae, vel vult reficere, et impeditur ab aliquo reficere locum illum, in quo iter vel actus, aut via sibi debetur, ne quis impediat, vel prohibeat te volentem reficere iter vel actum, aut viam* (1), *et ad hoc, ut istud interdictum competat, multa sunt necessaria. In primis enim requiritur, quod aliquis sit usus hoc anno* (2): *et intelligo, scilicet 30 diebus, sicut dicitur in interdicto praecedenti* (3). *Rofred. tamen in libellis suis* (4) *tenet contrarium, videlicet, quod in primo interdicto necesse habeo probare tantum viae usum hoc anno ad minus per 30 dies* (5), *sed in isto interdict. de itine. actuque priv. reficiendo, debeo probare viae usum hoc anno. Secundum requiritur, quod quis sit usu, non vi, non clam, non precario* (6). *Tertium, scilicet quod sit usus jure servitutis, vel pro jure suo* (7): *et ibi Barthol. hoc tenet, qui dicit, quod etiam puta si quis diceret habere jus eundi cohaerens personae, non quod esset praedialis servitutis, haberet locum hoc interdictum* (8). *Quartum, quod probet sibi servitutem competere* (9). *Et in hoc differt a praecedenti interdicto, in quo non requiritur: quod servitus debeatur, vel constituta fuerit illi, qui usus est itinere vel actu.* (10). *Item in hoc interdicto cum duobus sequent. requiritur, quod habuit usum illius itineris, vel actus, aut viae tanto tempore, cujus non extat memoria.* (11). *Nam dum dicit ibi tex. longaevae possessionis, expone etiam longissimae, et talis, cujus non extat memoria: quia cum servitus itineris, actus, aut viae,*

XXXVIII. Finora abbiamo parlato dell' interdetto del passaggio e della condotta privata, che compete a quello che passa pel fondo altrui in 30 giorni entro un anno, qualora gli sia impedito o proibito di passare. Ora trattiamo dell' altro interdetto, che spetta a colui che acquistò la servitù di passaggio o di condotta, e vuole ristaurare quel luogo, nel quale gli è dovuto il passaggio o la condotta o la strada, ed è impedito da un altro di farlo, affinchè alcuno non gli impedisca o proibisca di ristaurarlo. E perchè competa quest'interdetto, molte cose sono necessarie. Primamente si richiede, che taluno abbia usato entro l' anno, ed intendo per 30 giorni, come nell'antecedente interdetto. Roffredo però ne' suoi *libelli* tiene avviso contrario, cioè, che nel primo interdetto io sia necessitato a provare soltanto, che ho usato della strada entro l'anno almeno per 30 giorni; ma che in questo interdetto del passaggio o condotta privata da ristaurarsi debba invece provare l' uso della strada per lo spazio di un anno. In secondo luogo si richiede, che l' uso non sia stato nè violento, nè nascosto, nè precario. Terzo, che l' utente abbia usato per diritto di servitù o per diritto proprio; lo che tiene anche Bartolo, il quale dice, che se, a cagion d' esempio, alcuno dicesse di avere il diritto di passare attaccato alla persona, anzichè a servitù prediale, questo interdetto avrebbe tuttavia luogo. Quarto, che provi che a lui compete la servitù; ed in ciò differisce dal precedente interdetto, nel quale non è necessario che la servitù sia dovuta o sia stata costituita a quello, che usò del passaggio o della condotta. Del peri in questo interdetto, insieme coi due seguenti requisiti, è necessario, che chi lo adopera abbia usato di quel passaggio o condotta o strada per tanto tempo, di cui non resti memoria. Imperocchè dove la legge parla di lungo possesso, tu devi spiegarla aggiungendo: *anche di lunghissimo, e tale di cui non rimanga memoria*, perchè non avendo la servitù di passaggio o condotta o strada una

(1) *Ut l.* 3. § *ait praetor. ff. de itin. actuque privat.*

(2) *Ut l.* 3. § *ait praetor. et* § *jus autem, ff.*

(7) *Ut l. fin. ff. de itin. actuque priv.*

(8) *Ut l.* 1. § *illud versic. praeced.* ibi etiam hoc not. Barthol. *ff. de aqua quot. et aestim.*

Digitized by Google

non habet causam continuam (1): *ideo tale tempus longissimun necessarium est, ut illa servitus azquiratur* (2). *Et ideo vult gloss.* (3) *et Rofr.* (4) *nisi allegaretur titulus: quia tunc sufficeret longum tempus* 10. *vel* 20. *ann.* (5). *Si autem esset servitus, quae haberet causam continuam, tunc quaereretur longo tempore* (6). *Quintum requiritur, quod volens reficere, debeat cavere nomine damni infecti, propter opus quod vult facere in refectione* (7). *Sextum, quod reficiat aliquis usque ad modum consuetum impositae servitutis* (8). *Septimum, quod impediatur ille, qui vult reficere, ne reficiat vel apponat ea quae sunt necessaria ad reficiendum* (9). *Octavum, quod si aliquis vult reficere, non portet ea quae sunt necessaria ad reficiendum longiore itinere, ut deteriorem causam fundi faciat: tunc enim impune poterit prohiberi* (10): *contra nuncios communis, quibus debet solvi pro itinere tantum pro quolibet milliari: quia si ipsi fecerunt viam longiorem, sibi imputent cur fecerunt* (11), *et hoc verum, nisi via brevior non esset secura, vel sibi suspecta* (12): *et vide etiam de hoc per Bart.* (13). *Nonum, et ultimum, oportet, quod ille* (11*) *vult reficere, portet ea quae sunt necessaria ad reficiendum, per eam partem agri, per quam fine majori incommodo domini fundi portari possunt: alioquin impune prohiberi poterit* (14).

XXXIX. *Sed quaero an istud interdictum de itin. actuque priv. reficien. sit aliud a praecedenti, scilicet de itin. actuque priv., et sic an sint duo interdicta, vel unum tantum interdictum, habens duo capita? Et videtur quod duo sint interdicta. Nam verba praetor separatim ponuntur in primo et secundo interdicto. Item dicit* l. unde § hoc autem ff. eodem. *quod hoc in-*

(1) *Ut not. in l. servitutes, ff. de servit.*
(2) *Ut ff. de aqua pluv. arcend. l.* 1. *in fin. et l.* 1. *et* 3. *et not. per gloss. et Dd. in l. servitutes.*
(3) *In d.* § *si quis servitutem.*
(4) *In d. titul. si tu habes servitut. viae. etc.*

causa continua, è necessario tale tempo lunghissimo per acquistarla. E però la glossa e Roffredo dicono ciò procedere, purchè non si alleghi un titolo, perchè allora basterebbe il lungo tempo di 10 o 20 anni. Se poi fosse una servitù che avesse causa continua, allora occorrerebbe il lungo tempo. Quinto, si richiede, che quegli che vuole ristaurare debba prestar garanzia pel danno temuto rispetto al lavoro che vuol fare nel ristauramento. Sesto, che ristauri entro il limite solito della servitù imposta. Settimo, che quegli che vuole ristaurare sia impedito di farlo e di attaccare quegli stromenti che sono necessarii per la ristaurazione. Ottavo, che se alcuno vuole ristaurare, non porti quelle cose che sono necessarie a tal uopo per sentiero più lungo, rendendo più cattiva la condizione del fondo; imperocchè allora gliene potrà venir fatta inibizione impunemente, come avviene rispetto a'messi del Comune, ai quali si debbe pagare un tanto per ciascun miglio di viaggio; che se viaggiarono per una strada più lunga, ciò devono imputare a sè stessi; e questo procede giustamente, purchè la strada più breve non fosse sicura o ad essi apparisse sospetta; e intorno a questo vedi Bartolo. In nono ed ultimo luogo, che quegli che vuole ristaurare porti quelle cose che sono a tal uopo necessarie per quella parte del podere, per la quale si possono trasportare, senza maggiore incomodo del padrone del fondo; in caso diverso il passaggio gli potrà esser vietato impunemente (*dd*).

XXXIX. Ma io dimando poi, se questo interdetto del passaggio e condotta privata da ristaurarsi sia diverso dal precedente, ossia dall'interdetto del passaggio e condotta privata soltanto, e però se sieno due interdetti, od uno solamente che ha due capi? Sembra che sieno due interdetti, perchè le parole del pretore sono poste separatamente nel primo e nel secondo. Parimente la legge *unde* § *hoc autem ff. de itin. actuq. priv.* dice, che questo interdetto differisce

(9) *Ut l. veteres, eod. titul.*
(10) *Ut d. l. veteres,* § *fin. quod not. secundum Bart. ibi.*
(11) *Ut ibi, et l. non tantum* § *annus ff. de excusat. tutor.*

Digitized by Google

terdictum distat a superiori, ergo est aliud. Item quia in primo habeo necesse probare viae tantum usum hoc anno, ad minus per 30. dies, ut dixi in praecedenti q. princ. in fin. In isto autem debeo probare viae usum hoc anno, et debitam mihi servitutem (1). *Item primum competit pro possessione tantum retinenda: istud interdictum secundum continet causam proprietatis, quodammodo* (2): *et ratio est, quia sicut non sufficit in rei vend. probare me possedisse, nisi et probem dominium* (3), *ita in hoc interdicto non sufficit probare me possedisse, nisi etiam probem servitutem constitutam mihi* (4); *et ex his not. differentiam inter haec duo interdicta. Alii vero dicunt, quod unum est interdictum habens duo capita, et hoc videtur tenere gloss.* (5); *item not. quod hoc secundum caput; et hoc potest probari a simili, sicut et alias Aquilia dicitur una, habens duo capita, primum et tertium* (6). *Item sicut lex Julia dicitur una, habet tamen quinque capita* (7); *et sicut conditio etiam dicitur unica, habens duas partes* (8), *et hanc partem tamquam ultimam videtur sequi Rof.* (9).

XL. *Item quaero hoc interdicto secundo, si habet quis necesse probare servitutem sibi constitutam, dic ut dixi supra versic. quartum, quod probet, in quo non differt a confessoria. Et quid prodest istud interdictum interpretari? Nam in confessoria similiter oportet quod quis probet servitutem sibi constitutam, vel testamento, vel pactionibus, aut stipulationibus, vel longo tempore, vel longissimo, cujus non extat memoria* (10). *Respondeo hanc esse differentiam, quia hoc interdictum de iti. actuque priv. reficiendo competit tunc tantum, quando quis vult reficere, qui dicit sibi debitam servitutem. Alias autem si quis prohibeat volentem alio modo uti ser-*

dall' antecedente; dunque è un altro. Così pure è diverso, perchè nel primo devo necessariamente provare di aver usato della strada per lo spazio almeno di 30 giorni entro l' anno, mentre in questo basta invece ch' io provi di aver usato della strada soltanto entro l' anno, e che la servitù mi è dovuta. Così pure il primo compete solamente per conservare il possesso; questo invece comprende la causa della proprietà in certo modo; e la ragione si è questa: che, siccome non basta nella vendita d' una cosa il provare ch' io l'ho posseduta, se non provo anche di averne avuto il dominio, così in questo interdetto non è sufficiente il provare che io abbia posseduto, ma è altresì necessario ch' io provi che la servitù mi fu costituita, e da ciò si può dedurre la notabile differenza che v'è fra i due interdetti. Altri però dicono, che è un solo interdetto avente due capi, e ciò sembra tenere anche la glossa, e sostengono che questo è il secondo capo; lo che si può provare per simiglianza, ad esempio, della legge Aquilia, che si dice esser una ed avere due capi, primo e terzo; o della legge Giulia, che sebbene si dica esser una, nondimeno ha cinque capi, e così pure della *condictio* che si dica esser unica ed ha due parti; e questa opinione, come ultima, sembra seguita da Roffredo (*ee*).

XL. Parimente dimando, rispetto a questo interdetto; se alcuno deve provare che la servitù gli fu costituita, in che differisce dalla confessoria? E che giova l'interpretare questo interdetto? poichè nella confessoria parimente è necessario, che chi la intenta provi che la servitù gli fu costituita, o per testamento, o con patti, o con stipulazioni, o col lungo tempo, o col lunghissimo, di cui non resti memoria. Rispondo esser questa la differenza: che l' interdetto del passaggio e condotta privata da ristaurarsi compete allora soltanto che alcuno voglia ristaurare, e dica che la servitù gli è dovuta. Diversamente, se alcuno proibisca di ciò fare a chi vuole usare della servitù in altro mo-

Digitized by Google

tu non habes interdictum hoc, sed confessoriam tantum, ut dixi. Et ita confessoria est genus, quantum ad hoc interdictum de itinere actuque reficiendo: quod ubicunque competit interdictum, competit et confessoria, ac ubicunque confessoria datur, interdictum non competit: ut patet ex praemissis. Interdictum autem species est, et ita interdictum locum habet tantum in suo domicilio, scilicet quando alias vult reficere (1). *Item est alia differentia: quia qui proponit confessoriam, sufficit si probet servitutem sibi constitutam esse, ut dixi: Sed qui proponit hoc interdictum, duo probare oportet, se usum hoc anno, et servitutem sibi constitutam* (2). *Unde dicit Rof. in praeallegat. titul. si tu habes servitutem viae, etc., quod credit non esse utile proponere interdictum de itinere actuque priv. nisi quando specialiter vellet reficere: quia tunc proponere debet hoc interdictum de quo tamen dic, ut dicam in sequ. quaest. in fin. Item est tertia differentia, quia confessoria competit, sive aliquis possideat fundum, sive non* (3). *Interdictum autem hoc non competit, nisi ei qui hoc anno usus est, ut saepe diximus. Aliae etiam differentiae colligi possunt ex his quae dixi supra quot requirantur ad hoc, ut ista duo interdicta competant.*

XLI. *Ulterius quaero, quae in hoc interdicto est necesse probare ista duo, scilicet se usum hoc anno fuisse, et servitutem sibi constitutam esse* (4), *nonne satis est si probet unum tantum, scilicet servitutem sibi constitutam esse* (5)*? gloss. movet istam q.* (6) *et dicit, si a primo incipias, scilicet a possessione vel usu, duo sunt necessaria, probare te usum hoc anno, et tibi competere servitutem. Secus si an altero incipias, silicet a probatione proprietatis, videlicet servitutem constitutam esse. Nam tunc illam probare tantum sufficit: sicut alias dicitur, nulla possessio amittitur, nisi corpus et animus interveniant* (7), *quod est verum si a corpore*

hai questo interdetto, ma la sola confessoria, come ho detto. E però la confessoria è un genere, rispetto a questo interdetto; perchè ogni qualvolta compete l'interdetto, compete anche la confessoria; ma ogni qualvolta compete la confessoria, non compete l' interdetto; come si fa chiaro per le cose dette. L' interdetto poi è una specie, e però ha luogo soltanto nel proprio domicilio, cioè quando uno vuole ristaurare. — Del pari vi è un' altra differenza; chè chi propone l'azione confessoria, basta che provi che la servitù gli fu costituita; ma chi propone questo interdetto deve provare due cose: di aver usato entro l'anno, e che la servitù gli fu costituita. E però dice Roffredo, che stima non esser proficuo proporre l' interdetto del passaggio e condotta privata se non allorquando specialmente si volesse ristaurare, perchè in tal caso lo si deve proporre; intorno a che nondimeno di' come dirò nella questione seguente. Così pure v' ha una terza differenza, ed è, che la confessoria compete, tanto nel caso che alcuno posseda il fondo, quanto in quello che nol posseda; mentre quest' interdetto non compete se non a quello che usò entro l' anno, come più volte dicemmo. Altre differenze ancora si possono desumere da ciò che esposi prima circa i requisiti necessarii per poter usare dello stesso interdetto (*ff*).

XLI. Dimando ancora. Poichè è necessario in tale interdetto provare due cose, cioè, di aver usato entro l' anno, e che la servitù fu costituita, non è forse bastante che chi lo propone provi una cosa soltanto, cioè che la servitù gli fu costituita? La glossa pianta questa questione, e dice: se cominci dal primo capo, cioè dal possesso o dall' uso, sono necessarie due cose, provare che ne hai usato entro l'anno, e che la servitù ti compete. Altrimenti però, se cominci dal secondo, cioè dalla prova della proprietà, oppure che la servitù fu costituita; imperocchè in questo caso basta provar quella soltanto, come altrove si dice, che nessun possesso si perde, ove non interven-

Digitized by Google

resse in actione ad exhibendum tempore litis contestatae, et non tempore sententiae, quod est verum, si a tempore litis contestatae incipias, secus si a tempore sententiae, quia tunc illud sufficit (1), *et dicit Barthol.* (2) *quod istam opin. videntur tenere omnes Dd., tamen secundum gloss. ibi, huic opinio obstat quod dicitur* in d. § hoc autem ibi, *caeterum si desit alterutrum, deficit interdictum. Sed expone secundum gloss. alterutrum, pro altero* (3). *Vel aliter potest dici, et ita est secunda opinio secundum gloss.* (4), *videlicet si in confessoria prohibetur quis reficere, satis est si probetur servitutem competere agenti confessoria, sed in hoc interdicto duo probari debent* (5), *et istud placet Barthol.* (6) *et videtur hoc tenere gloss.* (7) *et Rof.* (8) *qui dicit quod nihil prodest in judicio agere hoc interdicto, sed tantum in confessoria, quae minori onere probandi gravatur, quod intellige de isto secundo interdicto seu secundo capite* (9), *secus in primo: quia in illo non requiritur, quod probetur, quod sit servitus constituta* (10). *Unde tu sis cautus, ut si impediaris reficere iter aut actum vel viam, potius intentes confessoriam, quam interdictum de itin. actuque refic.*

XLII. *Ultimo quaero, quare in hoc interdicto si probo me esse in quasi possessione viae, itineris, vel actus, habeo necesse probare, quod sit mihi invito servitus constituta, et quare non sufficit sola quasi possessio, cum et hoc alias in rebus corporalibus sufficit, quia si probo me possidere, non habeo necesse aliud probare, et nisi actor probet quod intendit, possessio remanet apud me* (11). *Item quia hoc est in liberali causa, quae est res favorabilis* (12), *et praetor favet libertatibus* (13), *tamen si possideo aliquem ser-*

re dee provvedere al suo interesse nell' azione *ad exhibendum*, al tempo della contestazione della lite, non già in quello della sentenza; lo che è vero, se cominci dal tempo della lite contestata, non già quando cominci da quello della sentenza, perchè allora il primo basterà; e Bartolo dice, che questa opinione sembra seguita da tutti i Dottori. Nondimeno, secondo la glossa, ad essa fa ostacolo ciò che si trova nel § *hoc autem ff. de init. act. priv.*: *del resto, se manca l'uno dei due, non ispetta più l'interdetto.* Ma tu spiega, secondo la glossa, la parola *alterutrum* per *altero*. Oppure si può dire altrimenti, e questa è una seconda opinione, secondo la glossa; se nella confessoria è proibito a taluno di restaurare, basta che sia provato competere la servitù a chi agisce colla confessoria; ma in questo interdetto invece è d'uopo provare due cose. Ciò piace a Bartolo, e sembra accettato dalla glossa e da Roffredo, che niente giova in giudizio l'agire con quest'interdetto, ma soltanto nella confessoria, la quale è gravata di minor peso di pruova; locchè intendi riferirsi a questo secondo interdetto o secondo capo, non già al primo, perchè in quello non si richiede la prova che la servitù sia costituita. Laonde, qualora tu fossi impedito di ristaurare il passaggio o la condotta o la strada, guardati bene d' intentare la confessoria piuttosto che l' interdetto del passaggio o condotta da ristaurarsi (*gg*).

XLII. Finalmente dimando perchè in questo interdetto, se provo ch' io sono in quasi-possesso della strada o passaggio o condotta, sia costretto a provare mio malgrado che la servitù mi fu costituita, e perchè non basti il solo quasi-possesso, mentre è sufficiente altrimenti nelle cose corporali; dacchè s'io provo che possedo, non sono tenuto a provar altro, e, qualora l'attore non provi ciò che intende, il possesso rimane presso di me. Così pure, dacchè questo avviene nella causa liberale, che è cosa favorevole, ed il pretore favorisce le libertà;

Digitized by Google

bilior sit causa personarum, quam rerum (1). *Respondeo secundum Rof.* in dicto suo libello (2), *quae non est in promptu. Nam qui servitutem sibi deberi contendit semper in alieno molitur, et in re aliena intendit illam sibi deberi: alioquin si res esset propria, servitus peti non posset* (3). *Unde ex quo certum est, quod servitutem mihi assero in alieno, necesse est quod debeam probare, quod mihi debeatur per stipulationem, vel testamentum, vel longo tempore, aut longissimo* (4), *nam quodlibet praedium praesumitur liberum, nisi probetur servitus imposita* (5). *An in rebus corporalibus sufficit mihi sola possessio. Nam si possideo, non habeo necesse aliquid probare, cum de intentione actoris non constet* (6). *Sed si constaret de intentione actoris, tunc prior haberet necesse probare, qualiter illa esset sua* (7). *Sed quando dico servitutem me quasi possidere, quia constat de intentione adversarii, id est, quod praedium est suum, necesse habeo probare servitutem mihi constitutam esse, vel alio modo mihi debitam: et hic est casus ubi quis possidens, obtinet partem actoris* (8). *Item ire per fundum alienum, cuilibet liberum est: prohibere tamen ingredi volentem possum: et si ingrediatur, injuriarum tenetur: postquam tamen ingressus est, illum prohibere non possum prohibitione non interveniente* (9). *Nec obstat quod dixi de servo proclamante, quia ex hoc quod servus est in possessione servitutis, et proclamat in libertatem, dicit se liberum, et affirmativam proponit, unde merito debet se probare liberum. In servitutibus autem contra. Si enim possideo, et dominus praedii servientis intentet negatoriam contra me: ego ei contradicam, jus esse mihi eundi, agendi, quia affirmativam propono, illam probare debeo. Idem est in servo: cum enim servus proclamat in libertatem, et ego nego ipsum esse liberum: quia simpliciter factum nego, non debeo probare, ac suffi-*

sesso, essendo più favorevole la causa delle persone che quella delle cose. Rispondo secondo Roffredo, nel suo libello *si tu habes serv.*, il quale non ho sott'occhi. Imperocchè chi contende che la servitù gli è dovuta, sempre agisce sulla cosa altrui, ed intende che sull' altrui fondo gli sia dovuta, perchè se la cosa fosse sua, non potrebbe chiedere servitù. Donde proviene di certo, che se io asserisco che la servitù mi è dovuta sull'altrui, debba necessariamente provare che mi è dovuta per stipulazione, o per testamento, o per il lungo tempo, o per il lunghissimo; perchè ogni fondo si presume libero, finchè non sia provato che gli è imposta servitù. Anche nelle cose corporali mi basta il solo possesso. Avvegnachè se possedo, non è necessario ch' io provi alcuna cosa, quando non consti qual sia l'intenzione dell' attore. Ma se constasse della intenzione dell' attore, allora egli prima dovrebbe provare in qual modo la cosa è sua. Se non che quando io dico di avere la servitù in quasi-possesso, poichè si sa qual sia la intenzione dell' avversario, cioè che il fondo sia suo, allora io sono forzato a provare che la servitù mi fu costituita od in altro modo mi è dovuta; e questo è il caso, in cui chi possede tiene la parte dell'attore. Così pure è libero a ciascuno di passare pel fondo altrui; nondimeno posso proibirlo a chi vuol entrarvi, e se vi entrasse, sarebbe tenuto coll'azione d'ingiurie; però dopo che egli è entrato, non posso più proibirglielo, perchè l' inibizione a nulla più vale. Ned osta ciò che ho detto circa lo schiavo che si dice libero, perchè per ciò appunto che è in possesso della servitù e si proclama in libertà, dice sè libero, e propone l' affermativa, onde meritamente deve provare di esser libero. Nelle servitù invece avviene il contrario; perocchè s'io possedo, ed il padrone del fondo serviente intenta la negatoria contro di me, io gli contraddirò sostenendo che ho diritto di passare e condurre, e poichè propongo l' affermativa, questa devo provare. Lo stesso accade rispetto allo schiavo, perchè chiamandosi questo in libertà, e negando io ch'egli sia libero, poichè semplicemente nego il fatto, non sono tenuto a provare, e m' è sufficiente il

Digitized by Google

cit mihi sola possessio. Ille autem qui dicit se liberum, cum affirmativam ponit, tenetur ipsam probare (1). *Caetera circa istam materiam vide* in superiori lib. in tit. de serv. itine. seu aditus, et in tit. de aditu seu itinere, et quae dicam in sequenti titulo.

solo possesso. Quegli poi che dice di esser libero, proponendo l' affermativa, è obbligato a provarla. Ciò che resta a dirsi circa questa materia, vedilo nel libro antecedente, nel titolo della servitù del *passaggio* od *accesso*, e nel titolo che segue (*hh*).

(1) *Et habetur in l. scriptus, ff. de nov. oper. nunc. et in § aeque Inst. de act.*

(1*) *Conceditur.* Quando aliquid alicui conceditur, licet ad aliquem usum, an censeatur concessa proprietas, vide Corn. 4. *vol. cons.* 295. *et cons.* 83. Utrum concedens concedat necessaria omnia quae sequuntur ex illo? Respond. quod sic (1).

(2*) *Factum.* Utrum plus sit facto consentire quam verbo? Respond. quod sic (2). ubi plus factis loquimur, factum ubi promittitur venit quod interest in obligationem (3).

(3*) *Res legata.* Quilibet in traditione suae rei potest pactum apponere, dummodo sit legibus approbatum (4), rem habere videtur qui fruitur pretio ejus (5), et vide Corn. 2. *vol. cons.* 84. *et cons.* 199. *incip.* in praesenti.

(4*) *Venditione.* Adverte quod si vendens intendit vendere unam rem, et emens intendit emere aliam in substantia, non valet venditio: ut vendens intendit unum agrum vendere, et emens alium emere (6).

(5*) *Enphyteu.* Emphyteuta, et vassallus ad tempus constituti non tenentur cavere de restituenda re vel salvanda (7). Sed contra videtur casus (8).

(6*) *Fundum.* Petendo simpliciter, nunquid videatur petere servitutem (9).

(7*) *Damnum.* Damnum praesumitur in dubio datum a proximioribus et vicinioribus (10), et non apparente malefactore tenentur ipsi (11).

(8*) *Possessio.* Possessio violenta non relevat possessorem ab onere probandi (12).

(9*) *Negator.* Si in judicio deducatur quis habeat necesse probare (13), sed qualiter in negatoria probatur de jure suo, in rubr. eod. quod per vicinos, qui prope stant (14).

(10*) *De negatoria.* Dic ut per Bart. (15) et proprie. et per Dyn. (16).

(11*) *De negatina.* Negativa quomodo sit probanda, vide Corn. 1. *vol. cons.* 100. Et probatio negativae videtur impossibilis, si non est coarctata loco et tempore in 2. *vol. cons.* 43. Et negativa est probanda per eum qui se fundat in ea, vide in 4. *vol. cons.* 87. et vide Alex. 3. *vol. cons.* 136.

(12*) *Reficere.* Quid sit reficere, text. est melior, quam sit in jure, *ff. de riv. l.* 1. § *deinde ait praetor reficere.* Bald.

(1*) *Si concede.* Allorquando viene concessa qualche cosa ad alcuno, sebbene per talun uso, si stima fosse concessa la proprietà? Vedi Corneo, *vol.* 4 *cons.* 295 e 83. Ed il concedente accorda forse tutto ciò che necessariamente consegue dalla concessione? Rispondi, che sì.

(2*) *Fatto.* È più forse il consentire al fatto che alle parole? Rispondi, che sì. Quando maggiormente parliamo co' fatti, ed ove il fatto sia promesso, il risarcimento diventa obbligatorio.

(3*) *Cosa legata.* Chiunque può nella tradizione della cosa sua apporre un patto, purchè questo sia dalle leggi permesso: si considera aver la cosa chi gode del suo prezzo, vedi Corneo, *vol.* 2, *cons.* 84, *e cons.* 199, *che comincia* in praesenti.

(4*) *Vendita.* Avverti, che se chi vende intende vendere una cosa, ed il compratore intende acquistarne sostanzialmente un' altra, la vendita non tiene; come se il venditore intendesse vendere un podere, ed il compratore acquistarne un altro.

(5*) *Enfiteuta.* L' enfiteuta ed il vassallo costituiti a tempo non sono obbligati a mallevare per la restituzione della cosa o per la sua conservazione. Ma sembra esservi un caso contrario.

(6*) *Fondo.* Chiedendo semplicemente, sembra forse che si dimandi la servitù?

(7*) *Danno.* Nel dubbio si presume che il danno sia dato da' più prossimi e vicini, e non iscoprendosi il malfattore, sono essi tenuti.

(8*) *Possesso.* Il possesso violento non sottrae il possessore dal peso della prova.

(9*) *Negatoria.* Chi debba necessariamente negare, quando si deduce in giudizio, vedi la glossa. Ma in qual modo nella negatoria si prova di proprio diritto? mediante i vicini, che stanno appresso.

(10*) *Della negatoria.* Rispondi come Bartolo, e come Dino.

(11*) *Della negativa.* In qual modo si debba provare la negativa, vedi Corneo, *vol.* 1, *cons.* 100. La prova poi della negativa sembra impossibile, ove non sia limitata da luogo e da tempo, *vol.* 2, *cons.* 43. E la negativa dev'essere provata da quello che in essa si fonda, vedi *vol.* 4, *cons.* 87, e vedi Alessandro, *vol.* 3, *cons.* 136.

(12*) *Ristaurare.* Che cosa è ristaurare? Lo si apprende dal testo della legge 1. § *deinde ait praetor ff. de rivis*, meglio che dal titolo relativo.

(1) 8. *dist. quo jure, et de jure, et de offic. cum super, de dolo, et contu. cum dilectus.*

(2) *Gloss. est in c. in causis, de elect. vide gloss. de fundo instructo, leg. si ita testam. in fin. ff. loc. l. dominus horreorum.*

(11) *FF. de incen. ruin. et naufrag. l. ne quid*

Digitized by Google

(13*) *In rebus corporalibus.* An corporalibus requiratur animus et corpus, id est, voluntas et factum, nam incorporalia facto possidentur (1). Ita notat Innoc. (2) unde omnia incorporalia juris intellectum habent, quia jura sunt. Sed quaedam inhaerent rebus corporalibus, ut jurisdictio, quae adhaeret territorio (3).

(1) *FF. de serv. urb. praed. l. servitutes quae in superficie, in fin. principii.*

(13*) *Nelle cose corporali.* Se nelle cose corporali si richiedano animo e corpo, cioè la volontà ed il fatto, poichè le incorporali si possedono col fatto, vedi i testi relativi. Così pure nota Innocenzo; laonde tutte le cose incorporali hanno una significazione di diritto, perchè sono invero diritti. Ma alcune cose sono inerenti alle cose corporali, come la giurisdizione che è attaccata al territorio.

(2) *In cap. literas, de rest. spol.*
(3) *Ut C. ubi et apud quos l. fin.*

ANNOTAZIONE PRELIMINARE.

Intorno alla differenza fra le servitù prediali urbane e rustiche secondo i Codici Napoleone ed austriaco veggasi quanto ho detto nelle annotazioni al Capo XI del trattato primo.

Il § 477 del Codice austriaco enumera le principali servitù rustiche.

Dico le principali perchè oltre ad esse ve ne ponno essere e ve ne hanno delle altre.

Il Codice Napoleone non le enumera.

Veggasi quanto su ciò ho detto nelle annotazioni al Capo IX del suddetto trattato.

Ivi ho detto eziandio non poter la legge indicare e nominare tutte le servitù.

ANNOTAZIONI AL CAPO I.

(*a*) 1.° Trattando del passaggio, il diritto romano porta le servitù *itineris*, *actus*, *viae*.

a) Secondo il § 290 del Manuale del Mackeldey che ho sovente citato, la servitù *itineris* dava diritto di passare a piedi, a cavallo e di farsi portare in lettiga sul fondo altrui.

b) La servitù *actus* oltre alle facoltà spettanti per la servitù *itineris* dava eziandio il diritto di condurre bestie e di passare con vettura per quel fondo altrui.

c) E la servitù *viae* comprendeva ambedue le precedenti servitù e dava inoltre il diritto di strascinare sul fondo altrui pietre e legnami da costruzione.

A proposito di quest' ultima servitù, l' Haimberger nel § 278 del suo diritto romano privato e puro che parimenti ho spesso citato, osserva giustamente ch'essa dava diritto a strascinare sul fondo serviente pietre e travi (tigna) ed a portarvi stanghe (rectam hastam ferendi).

Veggasi intorno a ciò il frammento 7.° in principio, del libro VIII titolo III del Digesto.

2.° Comunemente dicesi passaggio anche la via, strada o sentiero per cui si passa.

Ma veramente il passare è il movimento di un corpo da un luogo all' altro.

Quindi il passaggio è l' azione di un corpo che da un luogo all' altro si muove od è fatto muovere.

Considerato poi veramente il passaggio come il movimento di un corpo da un luogo all' altro, io lo esercito quando mi muovo da un luogo all' altro, sia solo, sia in compagnia di altri che a me venga o meco passi, sia passeggiando, camminando, correndo, ed anche *cantando* come dice il Cipolla.

Ed esercito sempre il passaggio sia che da un luogo all' altro io passi a piedi, sia che vi conduca bestie, sia che vi passi con carro.

Questi tre, passando pel fondo altrui, sono i modi, le specie, del passaggio in genere come ho detto nell' annotazione *b* al Cap. XXIII.

3.° Queste tre specie o modi della servitù di passaggio sono ammesse dal § 477 numero 1 del Codice austriaco.

Digitized by Google

4.° In quanto a queste tre specie di servitù di passaggio del Codice austriaco osservo quanto appresso:

a) In quanto al diritto di passare a piedi:

aa) Si passa a piedi sul fondo altrui per un sentiero. Il sentiero poi è uno stretto viottolo da camminarvi a piedi o da andarvi a cavallo, non sufficiente però al passaggio di carri.

bb) Chi ha diritto di passare a piedi, quando il titolo od il possesso inducente la servitù non abbiano diversamente disposto e fissato, ha diritto di passarvi solo od in compagnia d'altri, e passeggiando, e camminando, e correndo. Ed egli e gli altri che vanno con lui, ponno passare portando o non portando roba addosso. Se passa in lettiga può egualmente portar roba in essa. In tutti questi modi, havvi sempre passaggio a piedi, nè viene recato maggiore aggravio al fondo serviente. Specialmente poi passar può in compagnia di altri perchè la legge gli accorda il diritto di far venire altri a sè.

cc) Se ha poi eziandio concessione speciale di cavalcare o farsi portare da altro giumento, parmi che al suo diritto di passare a piedi sia aggiunto un dato modo particolare di condurre bestie cioè cavalli o quell' altro giumento. Questi animali in ciò adoperati ponno passar carichi oltre che delle persone anche di robe, non venendo con ciò aggravato di più il fondo serviente.

dd) Escluso questo caso, nel semplice diritto di passare a piedi non può essere compreso quello di condurre in altro modo bestie perchè nel meno non si comprende il più, e perchè il passare a piedi è un modo, ed il condurre bestie è altro modo del tutto diverso dalla servitù di passaggio.

ee) Per queste ragioni non può esservi compreso nemmeno il diritto di passare con carro. Aggiungasi, che a piedi si passa per un sentiero e che questo non è sufficiente al passaggio dei carri.

b) In quanto al diritto di condurre bestie:

aa) Quella condotta non è possibile senza conduttori. Dunque nel diritto di condurre bestie è necessariamente compreso il diritto di passare a piedi ed a cavalcioni (ove ciò possa aver luogo) di esse, per parte delle persone necessarie a condurle.

bb) Nel semplice diritto di condurre bestie sciolte, che è meno, non può essere compreso il diritto di condurle attaccate a carro, ch' è più, e ch' è poi un modo della servitù di passaggio, altro e diverso dal primo.

cc) Bensì parmi che vi sia compreso il passare a cavallo od il farsi portare da altro giumento, quando il titolo od il possesso inducente la servitù non abbiano diversamente disposto e fissato. Infatti se è vero che il cavallo ed il giumento portano le persone, è altresì vero che vengono da esse condotti e che quindi havvi condotta di bestie.

Quando poi per titolo o per possesso essere non debba diversamente, chi ha diritto di condurre bestie sul fondo altrui:

dd) Può passare a cavallo o su altro giumento con robe o no. Infatti anche portando robe, il modo del passaggio resta lo stesso, nè viene recato maggiore aggravio al fondo serviente.

ee) Per le stesse ragioni anche la carretta a mano può essere condotta con robe dentro anche perchè naturalmente serve al trasporto di oggetti.

ff) Le bestie condotte, ponno esserlo sciolte o legate.

c) In quanto al diritto di passare con carro:

aa) Qui per carro dovrebbe intendersi qualunque veicolo da trasportar cose e qualunque traino da portare persone l' uno e l' altro ordinariamente tirati da bestie.

bb) Il carro tirato da bestie esser dee guidato da persone. Dunque nel diritto di passar con carro è compreso il diritto di stare in esso, di passare a piedi od a cavalcioni delle bestie per le persone necessarie a guidarlo.

cc) Nel diritto di passare con carro non è compreso il diritto di condurre bestie sciolte, ch'è un modo del tutto diverso dalla servitù del passaggio. Tanto è vero che in questo caso per condurvele havvi bisogno di speciale concessione. E se esiste questa concessione speciale, allora al modo della servitù di passare con carro è aggiunto l' altro modo diverso di condurre bestie.

dd) Se al carro esser ponno attaccate due o più bestie non posso ragionevolmente immaginare che per titolo o per possesso venga vietato a chi ha diritto di passare con esso di avervi attaccata invece una bestia sola. Essendo nel più compreso il meno e re-

Digitized by Google

cando minor aggravio al fondo serviente, parmi che quegli che ha diritto di passarvi con carro possa farlo eziandio tenendovi attaccata quella sola bestia.

ee) E non mi pare per le stesse ragioni nemmeno escluso che il carro sia tirato da persone invece che da bestie.

ff) Il carro può essere, quando dal titolo o dal possesso non risulti ch' esser debba diversamente, fatto passare carico o vuoto perchè e nell'uno e nell'altro caso non si muta il modo del passaggio, anzi d'ordinario i carri servono a trasportare carichi o persone.

5.° Ho detto di sopra al n. 1 quali diritti per la legge romana desse la servitù *itineris*; quali la servitù *actus* e quali la servitù *viae*.

Ho detto ivi pure che la servitù *actus* comprende eziandio le facoltà spettanti per la servitù *itineris*, e che la servitù *viae* comprende le facoltà delle due servitù *itineris* ed *actus*.

Ho egualmente osservato ai n. 3 e 4, quali diritti per la legge austriaca dia il modo della servitù del passaggio a piedi, quali l'altro modo di servitù del passaggio conducendo bestie, e quali il modo di servitù del passaggio con carro.

Ora osservo non sembrarmi che si possa giustamente dire essere la servitù romana *itineris* identica al passaggio a piedi del Codice austriaco, nè la servitù romana *actus* identica al condurre bestie di quel Codice, nè infine la servitù romana *viae* identica al passaggio con carro del Codice medesimo.

Ciò mi sembra che non si possa dire perchè fra ognuno dei tre modi della servitù di passaggio del Codice austriaco e fra ognuna delle suddette servitù della legge romana, vi hanno differenze.

Infatti:

a) Nell' *iter* romano è compreso il diritto di cavalcare, mentre senza concessione speciale non lo è nel passaggio a piedi del Codice austriaco.

b) Nell' *actus* romano è compreso il diritto di passare con carro, mentre non lo è nel diritto di condurre bestie del Codice austriaco, che ne fa invece apposito e separato modo di servitù di passaggio.

c) Nella *via* dei Romani sta eziandio il diritto di condurre bestie sciolte, mentre pel Codice austriaco quel diritto senza concessione speciale non è compreso in quello di passare con carro.

6.° Nemmeno sembrami che si possa giustamente dire che pel Codice austriaco nel diritto di passare con carro sieno compresi eziandio i diritti di passare in qualunque modo a piedi, e di condurre in qualunque modo bestie, e che nel diritto di condurre bestie sia compreso anche il diritto di passare in qualunque modo a piedi.

Ciò non mi sembra perchè pel suddetto Codice ognuno dei tre diritti di passare a piedi, di condurre bestie, e di passare con carro sul fondo altrui costituisce una diversa e separata specie, un modo della servitù di passaggio cogli altri modi non confuso nè confondibile.

7.° Quindi si potrà ben dire pel Codice austriaco:

che nel diritto di condurre bestie e carrette a mano sia compreso quel diritto di passare a piedi, che sia indispensabile, perchè possano aver luogo quelle condotte;

che nel diritto di passare con carro sieno compresi i diritti di passare a piedi e di condurre bestie in quanto ciò sia indispensabile all' esercizio del suddetto diritto di passaggio con carro.

Ciò si potrà dire, perchè costituita una servitù si ritiene implicitamente accordato tutto ciò ch' è necessario per usarne, principio questo che vedesi specialmente applicato nel § 496 del suddetto Codice, pel quale al diritto di cavar acqua va unito quello necessario dell' accesso.

8.° Ma non sembrami potersi inoltre per quel Codice dire:

che chi ha il diritto chiamato dal Codice stesso di condurre bestie, e quindi i diritti che ho enumerati al n. 4 lettera *b*, debba avere oltre a ciò l' altro e diverso diritto di passare a piedi senza condurre quelle bestie, o carrette a mano ad esse equiparate;

che chi ha il diritto chiamato dalla legge civile austriaca di passare con carro e quindi i diritti che ho enumerato al suddetto n. 4 lettera *c* debba avere oltre a ciò l'altro e diverso diritto di passare a piedi senza condurre carro e di condurre bestie al carro non attaccate, ma sciolte.

Se ciò si potesse dire ne verrebbe:

Digitized by Google

che la servitù attiva che mi spettasse di condurre bestie e carrette a mano, ch'è una specie della servitù di passaggio in genere, si estenderebbe all'altra diversa, non confondibile specie di passare a piedi senza bestie e carretta;

che l'altra specie di servitù attiva del passaggio in genere, ch'è quella di passare con carro, si estenderebbe alle altre diverse e non confondibili specie di passare a piedi di condurre bestie non attaccate a ruotabile.

9.° Ma allora queste estensioni di una specie della servitù del passaggio ad altre specie, quando non vi fosse concessione speciale, sarebbero contrarie al principio del § 484 del Codice austriaco, che il possessore del fondo dominante possa bensì usare a suo grado (cioè secondo il titolo ed il possesso, che altrimenti vi avrebbe abuso, e non uso) del proprio diritto, ma che le servitù non si debbano estendere anzi si debbano restringere per quanto il comporti la indole di esse ed il fine pel quale furono costituite.

Sarebbero contrarie al principio di diritto ch'esse non debbano rendere più onerosa la condizione del fondo serviente.

E quella condizione mi sembrerebbe divenir più onerosa se chi ha una sola specie del diritto di passaggio, dovesse senza concessione speciale averne una o due altre specie.

10.° Siccome la legge romana diede il nome apposito di *iter* ad una delle servitù rustiche da essa ammesse, sarà giustificata la differenza della quale parla il Cipolla fra l'*ire* derivato da *iter* e l'*ambulare*.

Ma nella servitù di passaggio a piedi del Codice austriaco, non mi sembrerebbe giustificata la differenza tra il passare andando *adagio* e *soli*, ed il passare *con un compagno anche correndo* o, come dice il nostro autore, *cantando*.

Del resto al n. 4 lett. *bb* della presente annotazione ho detto come possa passare chi ha diritto di passaggio a piedi pel fondo altrui secondo quel Codice.

11.° Per la ragione addotta a principio del precedente numero, sarà per la legge romana giustificata anche la differenza fra il promettere a taluno l'*iter* ed il promettergli *quod possit ire*, fra il diritto e la servitù, ed il fatto.

Per la legge austriaca nel passaggio a piedi vi avrà o no diritto e servitù secondo che esisteranno o no i caratteri della servitù prediale dei quali ho parlato nell'annotazione *b* al Capo II.

12.° Tutto ciò pel Codice austriaco.

Il Codice Napoleone non parla delle tre specie di servitù a piedi con bestie e con carro come l'austriaco.

Parla agli articoli 682-685 della servitù legale del passaggio pei fondi altrui per chi non abbia dal proprio fondo uscita sulla pubblica via.

Inoltre parla in generale del diritto di passare e del passaggio nell'art. 688 per qualificarlo servitù discontinua e negli articoli 696 e 700 soltanto a modo di esempio e per incidenza.

13.° Pel suddetto art. 688 il passaggio è dunque servitù discontinua.

Dunque per l'art. 691 non può stabilirsi che mediante un titolo (documento scritto) nè il possesso sebbene immemorabile basta a stabilirla.

Il titolo che solo può averla costituita ne regola l'esercizio e la estensione secondo l'articolo 686.

Quindi quel titolo regola ordinariamente il luogo, la estensione, la larghezza del passaggio ed il modo di usarne a piedi, con bestie o con carro.

Le questioni cui il titolo può dar luogo vengono in caso di bisogno rimesse alla decisione di periti.

Che se il titolo non regolasse per nulla le condizioni del passaggio in genere e non esprimesse in ispecie se debba aver luogo a piedi con bestie o con carro star si dovrebbe alla regola generale espressa eziandio nell'art. 702, che cioè debba dal proprietario del fondo dominante essere esercitata nel modo il meno oneroso pel fondo serviente.

Quindi p. e. la semplice stipulazione di un diritto di passaggio non dovrebbe intendersi che del passaggio dell'uomo cioè a piedi.

Credo che applicando queste semplici regole del Codice Napoleone possano giustamente decidersi tutte le questioni che possono sorgere circa questa servitù.

(*b*) In quanto alla scelta del sito del passaggio ed alla mutazione del sito stesso dopo

Digitized by Google

fatta quella scelta, mi riferisco a quanto ho detto nelle annotazioni *a*, *b* al capo XXIII del trattato I del Cipolla sulle servitù urbane.

Quando un disponente per ultima volontà abbia legato a due legatarii il diritto di passaggio su un di lui fondo, e questi non vadano d'accordo nello scegliere il sito sul quale esercitarlo, non mi pare veramente che possa dirsi che finchè dura la loro discordia non abbiano acquistato il diritto stesso.

Mi sembra invece che l'abbiano acquistato almeno in potenza se non in atto perchè il titolo loro lo ha dato, e perchè essi disputando solo sul sito sul quale deggiono esercitarlo, fanno vedere di averlo accettato e non rinunciato.

Almeno per la legge austriaca avranno nel legato da essi accettato, il titolo ossia fondamento legale dell'acquisto secondo la definizione che ne dà il § 316 del Codice civile.

Rimarrà soltanto togliere la loro discordia sul sito dell'esercizio.

Ora o il legato lo ha fissato e dovranno stare al legato stesso come ho detto nell'annotazione *a* al Capo XXIII del I Trattato, nello stesso modo con cui starvi dovrà il proprietario del fondo gravato a loro vantaggio della servitù.

O il legato non ha per nulla fissato, ed allora dovrà esser scelto anche in riguardo ad essi, come esserlo dee fra essi ed il proprietario del fondo gravato:

Dovrà essere scelto secondo gli articoli 701-702 del Codice Napoleone e secondo il § 484 del Codice austriaco nel modo il meno oneroso pel fondo serviente;

Dovrà essere scelto dalle persone da me indicate nelle annotazioni *a*, *b* del suddetto Capo XXIII.

(*c*) Mi sembra che il sito del quale ho parlato nell'antecedente annotazione altro non sia che lo spazio, del quale parla il § 495 del Codice austriaco, e sul quale esser dee esercitata la servitù del passaggio pel fondo altrui.

Ora quello spazio è la estensione tanto in lunghezza quanto in larghezza.

Allorchè o il titolo, od il possesso ove questo abbia luogo, ovvero la scelta, abbiano determinato il suddetto sito dell'esercizio del passaggio, sembrami che necessariamente ne sia stato determinato lo spazio in lunghezza.

Infatti determinato il sito per cui l'avente diritto dee passare pel fondo altrui, entrandone da un lato ed uscendone dall'altro, ne è necessariamente determinato quello spazio in lunghezza.

Ove sia stato determinato da titolo, ovvero da possesso quando questo possa aver luogo, ad essi bisogna stare relativamente a quella lunghezza.

Non determinato così e dovendo essere quello spazio in lunghezza fissato per scelta, questa scelta se dee seguire nel modo il meno oneroso pel fondo serviente, dee però secondo il suddetto § 495 del Codice austriaco essere anche fatta in modo che lo spazio stesso sia adattato all'uso necessario ed alle circostanze del luogo.

Anche dove si tratti dello spazio in lunghezza, se esso è determinato da titolo o da valido possesso, a questi si dee stare.

Ove debba determinarlo la scelta, vale quello che ho detto per lo spazio in lunghezza.

Ciò vale pel Codice austriaco, e valer dee anche pel Codice Napoleone.

Le quistioni che intorno a ciò potessero nascere, dovrebbero essere decise, sentiti ove sia necessario periti.

(*d*) Pel § 486 del Codice austriaco un fondo può servire nel tempo stesso a più persone quando con ciò non sia recato pregiudizio ai diritti anteriori di un terzo.

Digitized by Google

(f) Qui il Cipolla domanda in qual modo nella servitù di passaggio il proprietario del fondo dominante e quello del serviente possano usare di quest' ultimo fondo ed a che sia tenuto il proprietario di questo.

Per l'art. 697 del Codice Napoleone il proprietario del fondo dominante cui è dovuta quella servitù può fare tutte le opere necessarie per usare e conservarla purchè facendolo non renda più onerosa la condizione del fondo serviente.

Lo stesso dice anche il § 484 del Codice austriaco come ho detto nell' annotazione *c* al Capo XXIII del I trattato cui pel resto mi riporto.

Il proprietario del fondo serviente poi per l' art. 701 del Codice Napoleone nulla può fare che tenda a scemar l' uso di quella servitù o a renderlo più incomodo.

Lo stesso dice il § 482 del Codice austriaco pel quale il possessore del fondo serviente dovendo astenersi da ciò che se non ci fosse servitù potrebbe fare come proprietario, dee astenersi da tutto quello che scemar possa o render più incomodo l' uso della medesima.

Dietro questi principii parmi che possa decidersi che cosa possano o non possano fare i proprietarii dei due fondi in ognuno dei casi speciali qui dal Cipolla indicati.

Sul poter poi locare la servitù di passaggio od altra simile veggasi quanto ho detto nell' annotazione *i* al Capo XII del trattato delle servitù urbane.

Ed in quanto al potere il proprietario del fondo serviente mutare il sito del passaggio mi riferisco all' annotazione *a* al Capo XXIII di quel trattato.

(g) 1.° Mi sembra che consegnare un fondo vacuo, sia consegnarlo non posseduto nè detenuto da alcuno.

E che per conseguenza consegnarne il vacuo possesso, sia consegnare il fondo nello stesso modo.

Ora, come ho detto nell'antecedente annotazione, il proprietario del fondo serviente ad altro non è tenuto se non a lasciare che il proprietario del fondo dominante usi della sua servitù senza scemargli o rendergli incomodo quell' uso.

Dunque oltre a ciò non è tenuto a consegnargli il vacuo possesso del fondo.

2.° Se ti ho venduto il diritto di passaggio pel mio fondo, e tuo è l' altro fondo a vantaggio del quale l' hai comprato, in me ed in te vi hanno i due possessori e proprietarii di fondi diversi dei quali parlano il § 474 del Codice austriaco e l' art. 637 del Codice Napoleone. Dunque havvi servitù prediale ed io ad essa sono obbligato.

Ma se il fondo al quale hai da me acquistato la servitù non è tuo, allora distinguerei.

O non ne hai nè proprietà nè possesso, e l' hai acquistata per te, ed allora non avendo tu fondo a cui vantaggio vada, io non sono obbligato a dartela, e nemmeno a darla al terzo proprietario o possessore del fondo col quale non mi trovo in nessuna relazione di diritto.

O non ne hai la proprietà, ma ne hai il possesso ed egualmente l' hai acquistata per te, ed allora parmi che fino a che dura il tuo possesso io sia obbligato a dartela.

Se non hai la proprietà, hai però il possesso del fondo.

Parmi che non si possa dire non esservi i due fondi, ed avendo tu il possesso del fondo dominante al quale hai acquistato la servitù, non vedrei come non dovessi essere obbligato a dartela fino a che duri quel tuo possesso.

Verso il terzo proprietario del fondo anche qui non sarei obbligato perchè avendo tu meco contrattato per te e non per lui, io non sono con lui in nessuna relazione di diritto.

O non ne hai nè proprietà nè possesso, e non l' hai acquistata per te ma per un terzo proprietario e possessore del fondo a vantaggio del quale dee andare, ed allora distinguerei di nuovo.

O l' hai acquistata come mandatario del terzo e parmi che a questo sarò obbligato

Digitized by Google

re ad esso avrai diritto di passaggio per altro mio fondo, o questo passaggio ti è indispensabile o no.

Se si, lo avrai per quello che ho detto nell' annotazione *d* al n.° principale 2 al Capo XXXVIII a proposito della vendita o del legato della proprietà di un predio al quale non sia possibile accedere se non passando per altro predio del venditore o dell' eredità di colui che ha lasciato il legato ed anche della facoltà particolare dell' erede. In tal caso sarò tenuto a dartelo.

Se non ti è indispensabile e non te ne spetta d' altra parte diritto, non lo avrai e non sarò obbligato a dartelo per quello che ho detto nell' annotazione *b* n.° 1 al Capo XLVI del cortile.

5.° È chiaro che il diritto di passaggio che spetta ad un fondo su altro fondo passa nel compratore del primo, perchè è un diritto reale sulla cosa come ho detto nell' annotazione *a* al Capo II.

(*h*) Io ti ho venduto un mio fondo il quale è aggravato della servitù di passaggio a favore del fondo di un terzo.

Nella vendita ho dichiarato espressamente quella servitù.

Tu hai potuto e dovuto valutarla e si ritiene che sia stata contemplata nella determinazione del prezzo.

Il fondo che ti ho venduto deve sopportarla senza che per essa io sia obbligato verso di te a garanzia.

Invece in quella vendita se anche non la ho dichiarata espressamente l' ho fatto però tacitamente, vale a dire con quegli atti che secondo il § 863 del Codice austriaco non lasciano verun ragionevole motivo di dubitare sulla esistenza della dichiarazione.

Anche in questo caso parmi che non sarò tenuto verso di te a garanzia perchè la mia dichiarazione tacita della servitù equivale alla espressa.

(*i*) Ma in quella vendita non ti ho nè espressamente, nè tacitamente, nel modo detto di sopra, dichiarato la servitù di passaggio :

Dovrotti, per tale mancanza di dichiarazione, garanzia ?

O quella servitù di passaggio da cui a favore del fondo di un terzo è aggravato il fondo che ti ho venduto, è apparente o non è apparente.

Se è apparente, vale a dire quando secondo l' art. 689 del Codice Napoleone si manifesta con opere estèriori, come se p. e. una porta tra il fondo che ti ho venduto ed il fondo del terzo indicasse la esistenza del passaggio, allora tu hai potuto e dovuto vederla e contemplarla nella determinazione del prezzo, e se non l' hai fatto, tua n' è la colpa ed io non ti deggio garanzia a meno che come prescrive il § 928 del Codice austriaco io non ti avessi espressamente promesso essere il fondo che ti ho venduto senza pesi in generale o senza il peso di quel passaggio in particolare.

Se invece non è apparente sembrami che io ti dovrò garanzia determinabile pel più o pel meno secondo l' art. 1638 del Cod. Napoleone e secondo il § 932 dell' austriaco.

Se poi ti avessi trasferito quel mio fondo non a titolo oneroso ma gratuito, credo anch' io col Cipolla che non vi sarebbe obbligo di garanzia nè in me nè in chi mi rappresentasse, quando non ti avessi trasfuso il fondo stesso guarentendolo libero o da pesi in genere o dalla servitù del passaggio in ispecie.

Del resto a proposito della garanzia veggasi quanto ho detto nell' annotazione *d* al Capo XII.

Digitized by Google

comunque sia aggravato da quella servitù, la quale dà a chi ne ha diritto, bensì il possesso e la detenzione di essa, ma non il possesso e la detenzione del fondo.

Il possesso libero mi par poi che sia quello esente da pesi.

Ora la servitù è un peso.

Dunque chi obbligossi a dare il possesso libero di un fondo mi sembra che non soddisfi al suo obbligo dandolo aggravato dal peso di quella servitù.

(*l*) Se vendendoti un fondo me ne sono riservato la servitù del passaggio e se consegnandotelo te lo ho dato libero da quella servitù per errore, sembrami di averti dato quello che pel nostro contratto, non doveva darti, ossia di averti pagato l' indebito.

Potrò dunque chiederti quella servitù secondo l' art. 1235 del Codice Napoleone tanto più che non si tratterebbe di obbligazione naturale volontariamente soddisfatta e secondo il § 1431 del Codice austriaco, tanto più in quanto che avendoti consegnato il fondo libero dalla servitù per errore non si potrebbe dire che secondo il § 1431 avessi pagato sapendo di non essere debitore.

(*m*) 1.° Quando il fondo obbligato a sopportare la servitù del passaggio sia stato inondato dalle acque, e queste poscia l' abbiano abbandonato ed abbiano reso di nuovo possibile il passaggio stesso, parmi che nel frattempo fra la invasione e l'abbandono dell' acqua abbiavi interruzione di quella servitù, e non estinzione di essa.

In tal caso saranno applicabili gli articoli 703 e 704 del Codice Napoleone ed il § 525 del Codice austriaco.

Veggasi l' analisi che di queste disposizioni di legge ho fatto nell' annotazione *a* numero I, al Capo XXIV e specialmente quello che ivi ho detto nel terzo esempio del disseccamento per avvenimento naturale di una sorgente.

E qui osservo essere nella stampa di quell' annotazione corso un errore.

Ivi fu stampato che « secondo il Codice Napoleone le servitù tornano col ristabilimento delle cose ad aver luogo quando la interruzione ossia il non uso *abbia durato* tanto tempo da far presumere la servitù prescritta secondo l' art. 707. »

Dovea com' è chiaro stamparsi « quando la interruzione ossia il non uso *non abbia durato* ecc. »

2.° Il § 495 del Codice austriaco prescrive che se l' uso delle strade o dei passaggi viene impedito per inondazione o per altro accidente deve fino a che siano restituiti in pristino stato assegnarsi un altro spazio se dall' autorità politica non fossevi di già stato provveduto.

Considerata quella disposizione come legge di diritto e di ordine privato è certo che se la inondazione od altro accidente mi impedisce di passare pel fondo altrui nel luogo dove io aveva ed esercitava la servitù di passaggio, l' obbligato alla servitù dee fino a che le cose sieno restituite nello stato primiero assegnarmi altro spazio onde io passi quando gli sia possibile farlo, o sul fondo soggetto alla mia servitù o su altro di lui fondo.

Dovrà poi assegnarmelo in tutti i casi, ed eziandio quando fosse stato assegnato in origine per l' esercizio della servitù del passaggio pel fondo altrui un determinato spazio giacchè il suddetto § 495 vuole l' assegnamento di altro spazio senza distinguere caso da caso e per conseguenza in ogni e qualunque caso.

Credo poi che si potrebbe considerare la disposizione del suddetto § anche come una legge di ordine pubblico.

Infatti non solo essa parla in generale d' impedimenti causati all' uso delle strade e dei passaggi da inondazioni ed altri accidenti e prescrive che in questi casi sia assegnato

Digitized by Google

Se ciò fosse, sarebbe poi naturale che quegli altri proprietarii cedessero forzatamente pei loro fondi quell' interinale passaggio ma verso conveniente indennizzazione.

Il Pardessus nel suo trattato delle servitù al § 226 ammette per le leggi francesi quel passaggio provvisorio pel fondo del vicino, quando il passaggio pel quale il proprietario si porta al proprio fondo sia reso momentaneamente inondato od impraticabile e pone il suddetto proprietario nella posizione di quelli che secondo gli articoli 682-685 del Codice Napoleone non hanno pei proprii fondi veruna uscita sulla via pubblica e che ponno chiederla sui fondi dei vicini verso compenso.

(*n*) Se non ho servitù di passaggio sul fondo altrui, in regola il proprietario di questo fondo non è obbligato a tollerare che vi passi ed io non ho diritto a passarvi.

Veggasi quello che ho detto nell' annotazione *d* al Capo LXI circa al consimile diritto di distendere panni, biancherie ecc. sull' altrui fondo.

In quanto all' entrare nel fondo altrui per oggetto di caccia o di uccellagione veggansi le leggi italiane sulla caccia dei 13 febbrajo 1804 n. 11, e 21 settembre 1805 n. 122 del bullettino delle leggi del Regno d' Italia.

(*o*) Se io non ho servitù di passaggio pel fondo altrui, e malgrado a ciò voglia passarvi, in regola il proprietario di quel fondo può impedirmi che vi passi anche di sua privata autorità, quando tardi sia per giungere il soccorso del giudice onde impedirmelo.

Ma quando io abbia già consumato l'atto del passaggio, altro non rimarrà a quel proprietario, che far valere in giudizio contro di me la sua azione appigliandosi all' azione possessoria o petitoria, come ho accennato nell' annotazione *e* del suddetto Capo LXI del primo trattato, al quale del rimanente mi riporto.

In caso però di violata proprietà per ragione di caccia e di uccellagione il decreto italiano 7 luglio 1804 n.° 83 del bullettino delle leggi del Regno d' Italia ha severamente proibito ogni via di fatto, ed ogni uso della forza privata, ed ha rimesso i proprietarii possessori e coltivatori dei terreni a denunciare la violazione all' autorità giudiziaria.

Nell' antecedente e nella presente annotazione ho detto che se non ho servitù di passaggio sul fondo altrui, in regola non ho diritto a passarvi, sicchè il proprietario di quel fondo può impedirmene o farmene dal giudice impedire il passaggio.

Quella regola soffre eccezioni ed io ho diritto a passare per quel fondo, nè il passaggio può venirmene impedito, non solo quando, come ho detto di sopra, abbia la servitù di quel passaggio, ma eziandio quando il proprietario del fondo stesso mi abbia espressamente o tacitamente conceduto il diritto di passarvi se anche non a titolo di servitù; quando quel diritto stia necessariamente nella natura delle cose; quando infine la legge me lo abbia accordato.

Dalla suddetta concessione del diritto di passare pel fondo altrui, dee distinguersi il fatto del passaggio, sia che il proprietario di quel fondo l' abbia permesso, sia che non l' abbia proibito, senza che però nell' uno e nell' altro caso egli abbia voluto attribuirmene ed io abbia inteso di esercitarne il diritto.

Esistendo quel semplice fatto del passaggio parmi che il proprietario del fondo, il quale lo tollererebbe per favore, per benevolenza, per famigliarità, per amicizia, senza che altro sia intervenuto fra noi, avrebbe diritto di farlo quando volesse cessare.

Il diritto di passaggio starebbe necessariamente nella natura delle cose quando io dovessi levare dal fondo altrui la uva che vi ho comperata dal di lui proprietario o quando essendo la decima a me dovuta pagabile sul fondo, io dovessi entrare in esso per decimare e per trasportarmela.

Il suddetto diritto di passaggio sarebbe poi p. e. accordato dalla legge:

1.° per inseguire sul fondo altrui le proprie api domestiche ed animali mansueti e mansuefatti, secondo il § 384 del Codice civile austriaco;

2.° quando l' uso delle strade e dei passaggi fosse impedito per inondazione od altro accidente secondo quello che ho detto nell' annotazione *m* n.° 2 al presente Capo.

3.° quando non vi fosse passaggio per andare al sepolcro privato, come ho detto nell' annotazione *b* al Capo LXXXII del trattato I;

4.° nei casi nei quali, a tenore di quanto ho detto nelle annotazioni *c*, *d* al Capo XXXVIII del primo trattato, chi non ha altra via per andare al proprio predio, può passare pel predio altrui.

Digitized by Google

5.° Quel diritto di passaggio pel fondo altrui sarebbe pur accordato dalla legge, ma però avvertasi bene, nel solo senso che il proprietario del fondo non potrebbe impedirlo coll' azione possessoria quando taluno passando pel fondo stesso, quel suo proprietario non avesse contro di lui promosso la suddetta azione nei termini fissati dalle leggi italiana ed austriaca dei quali ho parlato nell'annotazione *d* al Capo II del suindicato primo trattato.

Invece il suddetto diritto di passaggio pel fondo altrui non sarebbe accordato dalla legge, p. e.:

1.° Secondo il § 400 del Codice austriaco a chi volesse andarvi onde ricercare un tesoro perchè nessuno può dar mano a quella ricerca senza assenso del proprietario del fondo.

2.° A chi volesse andare a cogliere le proprie frutta cadute sul campo altrui, perchè almeno secondo la legge civile austriaca per quanto ho detto nell' annotazione *l* al Capo LXXXI del trattato primo, egli non può entrare in quell' altrui fondo senza il permesso del proprietario di esso il quale a stretto rigore di diritto se vuole è in facoltà di vietargliene l' ingresso.

(*p*) Qui il Cipolla esamina quali cose pel diritto romano si richieggano perchè taluno sia nel quasi possesso della servitù *itineris* sul mio fondo sicchè io non possa impedirgliene il passaggio e sicchè se glielo impedisco io sia tenuto coll' interdetto *de itinere actuque privato*.

Io poi alla mia volta esamino che cosa per la legge civile italiana ed austriaca si richiegga perchè taluno sia in possesso della servitù di passare pel mio fondo, sicchè se glielo impedisco, possa contro di me agire coll' azione possessoria che per quelle leggi parmi comprendere gl' interdetti introdotti dai Romani, specialmente per le servitù a guarentigia e protezione del possesso.

Premetto però quel che ho osservato altrove, che per la legislazione italiana, essendo la servitù di passaggio discontinua e non potendo essere stabilita se non per titolo (documento scritto) e non mai per possesso quand'anche immemorabile, per essa non ha luogo, come ho spiegato eziandio nell'annotazione *d* al Capo II del trattato I, azione possessoria se non è sussidiata da quel titolo.

1.° Ciò premesso, osservo che il Cipolla in chi vuol servirsi dell'interdetto *de itinere actuque privato* richiede in primo e secondo luogo che sia passato pel mio fondo per un anno ed almeno per trenta giorni in quell' anno non bastando che sia passato una sola volta.

a) Io osservo poi che per l' articolo 23 del Codice di processura civile del Regno d' Italia perchè taluno possa far uso dell' azione possessoria dee aver posseduto la servitù di passaggio almeno per un anno, ed intentar dee la suddetta azione entro l' anno dal turbato possesso.

b) La legge civile austriaca non parla di tempo nel quale debba aver durato quel possesso, perchè possa essere fatta valere l' azione possessoria.

Sembra che per poterla far valere basti ch' esista il possesso ossia l' esercizio della servitù di passaggio, senza riguardo a periodo più o meno lungo di esso.

Ma a mio credere a costituire il possesso non basta l' esercizio di quella servitù per una sola volta, per la volta cioè in cui ebbe luogo la turbazione.

Per questa ultima legge l' azione possessoria sommaria dee essere fatta valere entro trenta giorni continui dalla notizia della turbazione del possesso al più tardi.

Digitized by Google

Il Pardessus, Trattato delle servitù § 325, osserva poi che quel possesso aver dee tutte le qualità richieste dal Codice Napoleone per far acquistare la prescrizione.

Aggiunge che il possesso stesso (durato per un anno e fornito delle suddette qualità) esser dee provato da chi fa valere l' azione possessoria quando la parte avversaria lo negasse.

Aggiunge ancora che dovendo chi fa valere quell' azione sussidiarla col titolo che gli fece acquistare la servitù del passaggio, il titolo stesso proverà la qualità di non precarietà che aver dee il possesso stesso per far ammettere la suddetta azione.

Il giudice quindi dee prendere secondo lui conoscenza di quel titolo, onde valutare la qualità dell' allegato possesso.

Egli non sarà giudice della intrinseca validità di quel titolo, ma se consultandolo riconoscerà che l' apparente enunciativa di esso, attribuisce la servitù a chi pretende averne il possesso, e che gliel' attribuisce senza che nulla annuncii tolleranza o precarietà nei rapporti del possessore col di lui avversario potrà servirsene per giudicare che l' allegato e provato possesso di un anno ha avuto legittimo fondamento, e per mantenerlo, pendente la instanza in petitorio.

Io dal mio lato osservo che se pel § 23 del Codice della processura civile del Regno d' Italia chi fa valere l' azione possessoria per essere mantenuto nella servitù del passaggio provar dee oltre al fatto del possesso eziandio le qualità di questo; nel caso di quell' azione vien fatta eccezione all' art. 2230 del Codice Napoleone pel quale a favore del possessore sta la presunzione legale che possegga per sè stesso ed a titolo di proprietà, presunzione che secondo l' altro art. 1352 sembrerebbe a null' altro obbligarlo che alla prova del fatto del suo possesso e non alla prova delle qualità di esso.

b) In quanto alla legge civile austriaca trovo di osservare quanto appresso.

Qualunque sia il possesso, vale a dire legittimo od illegittimo, di buona o mala fede, vizioso o non vizioso:

aa) a favore del possessore sta pel § 323 del Codice civile la presunzione legale di un titolo valido, nè può essere provocato a produrlo;

bb) in dubbio pel § 324 gli spetta la preferenza;

cc) può pel § 344 mantenersi nel suo possesso e respingere con conveniente forza la forza quando tardi sia per giungere il soccorso del giudice (§ 19);

dd) nessuno può in esso pel § 339 turbarlo di propria autorità e se viene turbato può rivolgersi al giudice coll' azione possessoria perchè faccia cessare la molestia e risarcire il danno che verrà provato.

Dal complesso di queste disposizioni parmi emergere che il possessore il quale fa valere l' azione possessoria per la servitù del passaggio contro di me che gliene impedisco l' esercizio sul mio fondo possa intentarla anche se il suo possesso sia illegittimo, di mala fede, vizioso.

Intentandola ei non è obbligato a provare la legittimità, la buona fede, il nessun vizio del suo possesso.

Basta che provi il fatto del possesso stesso e della turbazione, se da me negati.

Provato da lui nella procedura possessoria sommaria l' ultimo suo possesso materiale e di fatto sarà dal giudice preservato nel possesso stesso quand' anche io provassi essere quel suo possesso illegittimo, di mala fede, vizioso.

Lo prescrivono espressamente i §§ 5 e 15 della Sovrana Risoluzione 22 giugno 1825 pei quali il giudice non giudica se non dell' ultimo possesso materiale di fatto e del turbamento, rimessa ogn' altra questione all' azione possessoria ordinaria od alla petitoria.

Deggio dire però che ad onta delle per me chiarissime espressioni del § 5 della suddetta Risoluzione Sovrana, tutti non la pensano così.

Per indicare qualche autore di fama veggasi p. e. il Romagnosi citato dal Pagani ed il Pagani stesso nei brani del suo trattato dei possessi riportati dal Giornale veneto di

Digitized by Google

ordinaria, egli non è tenuto a provar altro perchè non è tenuto a produrre il suo titolo e perchè in dubbio esser dee preferito.

Se voglio mandar a male la sua azione possessoria ordinaria, sono io quello che provar deggio essere il possesso di lui o illegittimo o di mala fede o vizioso.

Se non riesco in quella prova, quella di lui azione verrà ammessa dal giudice.

(*q*) Il possessore che contro me intenti l'azione possessoria, secondo la legge italiana dovrà provare tutto quello di cui per quanto ho detto nell' antecedente annotazione è obbligato per quella legge a fornire la prova.

Lo proverà poi con qualunque dei mezzi coi quali si dà la prova delle obbligazioni e che sono portati nel libro III, titolo III, Capo VI del Codice Napoleone.

Il possessore che faccia poi contro di me valere l' azione possessoria secondo la legge austriaca non è, come ho pur detto nella precedente annotazione, obbligato a provar altro se non i fatti del suo possesso e della turbazione.

Lo proverà coi mezzi di prova portati dal vigente Regolamento del processo civile.

Il più ordinario mezzo di prova sarà quello per testimonii.

Il più raro e forse non mai adoperabile quello per periti giacchè questi coll' abilità loro propria giudicano più che altro delle qualità di un oggetto ed il passaggio e la turbazione di esso sono fatti e non qualità.

(*r*) Il suddetto articolo 23 del Codice italiano di processura e l' art. 2228 del Codice Napoleone ammettono avervi possesso di un diritto (nel nostro caso di diritto di servitù di passaggio) quando taluno lo eserciti non solo da sè stesso ma eziandio col mezzo d' altri in nome di lui od avendo da lui titolo.

Lo stesso desumerei anche dal § 310 del Codice austriaco.

Per questo § si può acquistare il possesso eziandio col mezzo d'altri, tanto è vero, che per le persone prive della ragione lo acquistano i loro tutori o curatori.

Pel § 1017 lo si acquista pure col mezzo di mandatarii.

Non può dunque dubitarsi che non si acquisti anche col mezzo di terze persone, quando, come osserva egregiamente il professore di Stubenrauch ne' suoi commenti ai §§ 312-315 del Codice civile austriaco, la terza persona abbia volontà di acquistarlo non per sè ma per l' altro, e quando quest' altro o le abbia dato mandato di acquistarlo od abbia approvato il fatto acquisto.

(*s*) Mi par chiaro che se taluno esercitò la servitù di passaggio sul mio fondo ossia ne fu in possesso scorrendo soltanto una data linea dal punto d' ingresso al punto di uscita e non altrimenti, si dirà essere in quel possesso su quella linea e gli competerà di far valere l' azione possessoria, quando però, facendola valere secondo la legge italiana, la sussidii col titolo come ho detto nell' annotazione *p* a questo Capo.

Mi par egualmente chiaro che se taluno è in possesso della servitù di passaggio su fondo altrui, coll' uso di essa su data parte di quel fondo non acquisti diritto su tutto il fondo stesso.

Ciò mi par chiaro pel principio fissato dal § 315 del Codice civile austriaco che la presa di possesso immediata o mediata fatta di propria autorità non dà possesso se non di ciò che si riduce realmente in potere e per l' altro principio di diritto che eziandio nel caso della prescrizione acquisitiva (usucapione) non si prescrive (usucapisce) se non quanto si è posseduto *Tantum praescriptum quantum possessum*.

Possedendosi poi la servitù di passaggio pel fondo altrui, da taluno che come dice il

Digitized by Google

sidiato dal titolo, deve per l' art. 23 del Codice di procedura pel Regno d' Italia essere stato eziandio pacifico.

Cioè dee essere stato tollerato dal proprietario del fondo sul quale fu esercitato sapendolo poi o non sapendolo quel proprietario, e giacchè se non lo avesse tollerato non sarebbe stato pacifico.

Anche per la legge austriaca dovrebbesi a mio parere dir lo stesso.

Per essa in fatti l'azione possessoria spetta a chi è in possesso, quando ne venga turbato.

Ma in che possesso?

A me pare in possesso pacifico anteriore al momento della seguita turbazione, cioè in possesso tollerato, o conoscendolo od ignorandolo, dal proprietario del fondo.

(*u*) Per la legge italiana, come ho detto più volte, non potendovi essere azione possessoria per la servitù del passaggio senza che sia sussidiata da titolo che abbia costituito o riconosciuto quella servitù, non potrebbe dirsi col Cipolla che basti il possesso del passaggio, senza che abbisogni che la servitù sia costituita o dovuta.

Per la legge austriaca ho detto eziandio nell' annotazione *d* al Capo II del trattato I, che quegli che fa valere l' azione possessoria basta che si fondi sulla base del possesso senza produrre titolo, e senza obbligo di provare che quel suo possesso sia legittimo, di buona fede, non vizioso.

La prova della illegittimità, della mala fede e della viziosità di quel possesso, incumbe in ogni caso a quegli contro il quale l' azione possessoria è diretta.

Ma anche qui ripeto quanto ho detto nell' annotazione *p* al presente Capo.

Quando chi intentò per la legge austriaca l' azione possessoria sommaria, ha provato se negati dalla controparte i fatti del possesso e del turbamento, il giudice lo preserverà nell' ultimo possesso materiale e di fatto, quand' anche la parte avversaria provasse essere quel possesso illegittimo, di mala fede, vizioso.

Quando invece contro chi intentò secondo quella legge l' azione possessoria ordinaria venga provato essere il suo possesso illegittimo, di mala fede, vizioso, credo che non verrà ammessa quell' azione.

3.° *a*) Questo possesso vizioso, il quale secondo la spiegazione che ne danno i combinati §§ 345 e 1464 del Codice austriaco, corrisponde al possesso *non vi, non clam, nec precario* de' Romani e che secondo il Cipolla aver dee in quarto luogo chi fa valere l' interdetto *de itinere actuque privato*, non impedisce, come ho osservato di sopra, che venga ammessa dal giudice l' azione possessoria sommaria austriaca quand' anche esso fosse stato provato da quegli che si difende da quell' azione.

Bensì, se da lui provato, sembrami, come pure ho osservato di sopra, che impedisca l' ammissione dell' azione possessoria ordinaria austriaca.

Nel possessorio sommario austriaco essendo la prova del possesso vizioso indifferente, non havvi il caso di chiedere chi debba e come debba farla.

Nel possessorio ordinario poi dee farla, come ho detto di sopra, quegli contro il quale quell' azione è diretta.

Egli potrà farla, come ho notato alla lettera *q* del Capo presente, servendosi dei mezzi di prova del regolamento giudiziario austriaco; più ordinariamente per testimonii, e forse mai col mezzo di periti.

b) In quanto poi all' azione possessoria della legge italiana:

Ho detto nell' annotazione *p* al presente Capo che in chi vuol farla valere, il possesso secondo il Pardessus aver dee tutte le qualità richieste dal Codice Napoleone per far

Digitized by Google

Sembrami che prescriva lo stesso, eziandio l' art. 2233 del Codice Napoleone quando dice che gli atti di semplice tolleranza, non sono fondamento nè di possesso nè di prescrizione.

In ultima analisi dunque nell' azione possessoria della servitù del passaggio per la legge italiana, il possesso esser dee come presso i Romani *non vi, non clam, nec precario*, ossia parlando il linguaggio della legge austriaca esser non dee vizioso.

Dice il Pardessus, come ho osservato nella precedente annotazione *p*, che eziandio queste qualità del possesso, esser deggiono, in caso di negativa, provate da chi intenta quell' azione possessoria. Ciò sembra anche a me.

Le proverà poi con qualunque dei mezzi coi quali si dà la prova delle obbligazioni e che sono portati nel libro III, titolo III, Capo VI del Codice Napoleone.

(*v*) 4.° In quinto luogo, dice il Cipolla, per far valere l' interdetto romano *de itinere actuque privato*, vi dee essere possesso di servitù di passaggio in predio rustico e non in urbano.

Cioè quell' interdetto è ammesso per quella servitù nel primo e non nel secondo predio.

Mi pare che le leggi italiane ed austriache ammettano le azioni possessorie per ambedue quei predii.

E per l' uno e per l' altro, concorrendovi le condizioni leguli, ponno esser fatte valere.

Non vedrei perchè, esistenti quelle condizioni, vi dovesse essere azione possessoria bensì contro chi turba il possesso della servitù di passaggio pel campo altrui, predio rustico, ma non contro chi lo turba per l' altrui abitazione in città, predio urbano.

(*x*) 5.° In sesto luogo, continua il Cipolla, per far valere quell' interdetto delle leggi romane, vi deggiono essere i due predii dominante e serviente.

Per le leggi italiane ed austriache, vi deggiono essere se il possesso difeso colle azioni possessorie è a titolo di servitù prediale.

Ho detto infatti nell' annotazione *b* al Capo II del primo trattato che senza quei due predii non esiste quella servitù.

Ma se il possesso non è a titolo di servitù prediale, per l' azione possessoria non vi deggiono essere quei due predii.

(*y*) 6.° In settimo luogo, osserva il nostro autore, che per far valere quell' interdetto, fra il predio che soffre la servitù del passaggio ed il predio del vicino ch' è in possesso di quella servitù, non vi dee essere terzo predio pel quale non sia possibile passare.

Ma se vi è quel predio interposto pel quale è impossibile passare dal primo al secondo predio, da quella parte, non può immaginarsi nè passaggio, nè servitù di passaggio, nè possesso di quello e di questa, nè turbazione dell' uno e dell' altro, nè azione possessoria, nemmeno per le leggi italiana ed austriaca.

Allora piuttosto che dire che non compete l' interdetto romano *de itinere actuque privato*, o l' azione possessoria italiana od austriaca si dirà a parer mio meglio, essere da quella parte impossibile il caso di adoperar quei mezzi di proteggere il possesso.

(*z*) 7.° In ottavo luogo, dice il Cipolla, richiedersi perchè competa l' interdetto *de itinere actuque privato*, che l' uso della servitù sia stato proibito a colui che usò almeno trenta giorni nell' anno.

Ed io parlando delle azioni possessorie italiana ed austriaca, ripeterò che se vi fu impedimento o turbazione, l' azione possessoria italiana, per ciò che riguarda il tempo del possesso, non compete a chi non abbia posseduto la servitù del passaggio almeno da un anno.

Digitized by Google

E perchè sia mantenibile coll' azione possessoria, confesso che anche l' esercizio per quell' altra volta sola, mi par poco.

Mi riferisco del resto all' annotazione *p* al presente Capo.

(*aa*) Se taluno è in possesso della servitù di passaggio pel mio fondo ed io impedisco o turbo quel suo possesso, egli pel § 344 del Codice austriaco può respingere colla forza conveniente la forza per mantenersi in esso, quando tardi, se chiesto, fosse per giungergli il soccorso del giudice.

Ma se io ho già consumato il fatto dell' impedimento o della turbazione, altro non gli resterà che far valere davanti al giudice la sua azione possessoria, se non possa fondarsi su altro che sul possesso, e se ha titolo anche la petitoria.

E qui chieggo se abbia diritto di respingere, come ho detto di sopra, la forza colla forza, quegli che non ha diritto di far valere un' azione possessoria in giudizio, p. e. quegli il cui primo ed unico atto di possesso sia stato, come ho osservato parlando della legge austriaca nella precedente annotazione *z*, da me impedito o turbato.

A dir vero mi sembra di no.

Non posso infatti persuadermi che chi non ha diritto di difendere il proprio possesso in giudizio, abbia diritto poi di difenderlo fuor di giudizio, di propria autorità, con vie di fatto.

Tutto ciò parmi che debba aver luogo eziandio per la legge italiana.

Particolarmente poi per questa ultima legge parmi che chi non ha posseduto da un anno almeno e chi in quel possesso non è sussidiato da titolo, non avendo diritto di proteggere il proprio possesso coll'azione possessoria per una servitù di passaggio ch'è discontinua, nemmeno abbia diritto di proteggerlo, se impedito o turbato, di propria autorità.

In quanto al farsi giustizia da se veggasi altresì quanto ho detto nelle annotazioni *g* al Capo XXX ed *e* al Capo LXI del primo trattato.

(*bb*) In riguardo alla servitù del passaggio e ad altre servitù discontinue come l' attingere acqua, il condurre le bestie al pascolo e simili che ammettono ripetuti atti di possesso in un anno, quegli atti perchè sia ammessa azione possessoria od anche difesa in via di fatto, di propria autorità, esser deggiono per la legge italiana continuati nel tempo almeno di un anno prima dell' impedimento o turbazione.

E secondo la legge austriaca in quanto al tempo del possesso, per ammettere azione possessoria o difesa di propria autorità nelle suddette servitù parmi che vi debba essere stato almeno un atto di possesso, e forse non basta, anteriore all' impedimento od alla turbazione.

Per le servitù poi che potessero esercitarsi una sola volta in un anno e che non si esercitano ogni volta se non ad intervalli più lunghi di un anno, come p. e. in questo ultimo caso la servitù del taglio delle legne in bosco ceduo altrui di cui ho parlato nell' annotazione *c* al Capo XIX del trattato primo, credo anch' io che per far valere l' azione possessoria o per difendere in via di fatto il proprio possesso basti non solo per la legge austriaca ma altresì per la italiana che vi sia stato un atto di possesso, anteriore a quello che fu turbato od impedito.

(*cc*) Dopo avere il Cipolla, come ho detto a principio dell' annotazione *p* al presente Capo, esaminato, quali cose pel diritto romano si richieggano perchè taluno sia nel quasi possesso della servitù *itineris* sul mio fondo, sicchè io non possa impedirgli di esercitarla e sicchè, se glielo impedisco, io sia tenuto coll' interdetto *de itinere actuque privato*, esamina qui in qual modo io proprietario del suddetto fondo, possa espellere colui che trovisi nel suddetto quasi possesso della suindicata servitù, mantenibile, se turbato od impedito, con quell' interdetto.

Io poi alla mia volta esamino in qual modo dovrò procedere per liberarmi da una servitù di passaggio che altri esercita sul mio fondo arrogandosela in base a possesso a di lui favore mantenibile in via e coll' azione possessoria.

Se quel possesso del mio avversario è mantenibile in via e coll' azione possessoria parmi che non potrò contro di lui per liberarmi dalla servitù che si è arrogata procedere per via di fatto e di mia autorità, e che tanto per la legislazione austriaca quanto per la italiana dovrò procedere in giudizio.

Digitized by Google

Ora come dovrò procedere in giudizio per la legislazione austriaca?

Distinguo.

O quel possesso è mantenibile in via possessoria soltanto sommaria, od anche in via possessoria ordinaria.

1.° S' è mantenibile soltanto in via possessoria sommaria, siccome pei §§ 5 e 15 della Sovrana Risoluzione 22 giugno 1825 è mantenibile in quella via l' ultimo possesso materiale di fatto, e siccome non mi è tolto di far valere in giudizio o l' azione possessoria ordinaria, od anche la petitoria, così a queste azioni potrò appigliarmi, per liberarmi dalla servitù che si è arrogato il mio avversario sul mio fondo.

a) Appigliandomi all' azione possessoria ordinaria, potrò far valere contro il possessore della servitù l' azione possessoria ordinaria dei §§ 345 e 346 del Codice civile, dimostrando i vizii di quel suo possesso.

Oppure potrò far valere contro di lui l'altra azione possessoria ordinaria del § 372, dimostrando il titolo valido ed il modo non vizioso, con cui ho acquistato il possesso del mio fondo non aggravato da quella servitù.

Nella prima di quelle azioni dovrò provare i vizii del possesso della servitù nel mio avversario e nella seconda dovrò provare di esser giunto al possesso del mio fondo, libero dalla servitù, perchè a favore di quel mio avversario, come possessore sta pel § 323 del Codice civile la presunzione di titolo valido e non può essere provocato a produrlo.

Sicchè non è egli quello che dee provare, essere il suo possesso non vizioso, ed essere io giunto al possesso del mio fondo coll' aggravio della servitù, ma sono io quello che provar deggio il contrario, giacchè io non posso distruggere la presunzione legale che deriva dal suo possesso con altre presunzioni che derivassero pur dal possesso, ma distruggerla deggio con prove.

b) Appigliandomi, invece che all'azione possessoria ordinaria, all' azione petitoria, potrò far valere contro il possessore della servitù, secondo il § 523 del Codice civile, l' azione *negatoria* della quale ho parlato nell' annotazione *d* al Capo II del trattato primo e sulla quale dirò alcun che di più qui in seguito.

2.° Se poi il possesso della servitù per parte del mio avversario è mantenibile anche nella via possessoria ordinaria, allora parmi che per distruggere quel suo possesso altro non mi rimarrà che la via petitoria col far valere la suddetta azione *negatoria*.

A proposito dell' azione negatoria per le servitù ho detto nella suddetta annotazione *d* che il proprietario del fondo sul quale altri si arroga una servitù provar dee con quell' azione il suo diritto di proprietà sul fondo stesso.

Ho detto inoltre che dovrà provare che il suo avversario si sia appropriata la servitù, ma non già che quegli che se l' è appropriata non ne abbia oltre al possesso, titolo ossia diritto, s' intende di proprietà, giacchè anche la servitù è una proprietà.

Ciò ho detto in base ai più noti principii di diritto pei quali la presunzione sta per la libertà della proprietà, sicchè chi la pretende aggravata da una servitù provar dee di avere a questa diritto.

Ciò ho detto in base allo stesso § 323 del Codice civile, il quale fondando a favore del possessore la presunzione legale di un titolo valido, sicchè non può essere provocato a produrlo, dovrebbe intendersi che fondi la presunzione del titolo valido del suo possesso, del quale parla l' anteriore § 316, e non già la presunzione del titolo valido della proprietà della servitù, sicchè se non potrà essere provocato stante la presunzione che deriva dal suo possesso a produrre quel primo titolo, potrà essere provocato a produrre il secondo in forza alla presunzione della libertà della proprietà del fondo che sta a favore del proprietario di questo.

Ciò ho detto, perch' essendo il diritto di proprietà più forte del possesso, il quale in se e per se stesso non è altro che un fatto, il quale non si cangia in quel diritto se non quando esistano le condizioni della usucapione, la presunzione derivante dalla pro-

Digitized by Google

mettere che stante la presunzione della libertà del fondo da aggravii che sta a favore del suo proprietario, chi non ha su quel fondo altro che il solo e semplice possesso di una servitù, non possa in conflitto con quel proprietario, far valere la presunzione contraria, di avere il diritto e dirò così la proprietà della servitù stessa, e non possa quindi rovesciare sull' altro la prova negativa che chi la esercita lo faccia senza diritto.

Ciò ho detto adottando la opinione espressa tanto dallo Zeiller quanto dal Basevi nei loro commenti al § 523 del Codice civile.

Ciò troverebbe appoggio eziandio nelle sentenze riferite al n.° 38 della rivista di giurisprudenza in materia di servitù e pubblicate nell' annata 1854 della Sezione II dell' Eco dei Tribunali, pagine 255 e seguenti.

Tutto ciò però sarebbe contraddetto dagli altri giudicati portati nell' annata 1855 del suddetto giornale a pag. 109-114.

Quei giudicati dei nostri Tribunali infatti sancirono l' opposto principio, che cioè secondo i §§ 323 e 324 del Codice austriaco, la presunzione di legge a favore della libertà della proprietà non basti a far sì che colui ch' esercita l' azione *negatoria* riguardo ad una servitù sia dispensato dal provare la usurpazione della servitù stessa in confronto al reo convenuto.

Veggansi in questo proposito anche i commenti al § 523 del Codice austriaco del Nippel, del Winiwarter e del Professore di Stubenrauch.

3.° *a*) Il lettore si è accorto, non avere io detto al n.° 1 della presente annotazione, che mi sia aperta secondo la legge austriaca l'azione possessoria anche sommaria contro chi sul mio fondo esercita la servitù, quando questa sia a di lui favore mantenibile coll'azione ed in via appunto possessoria sommaria.

Ciò non ho detto perchè in questo caso, se l' azione possessoria sommaria spetta a lui, parmi che non possa spettare a me.

b) Ho detto invece che in questo caso posso far contro di lui valere:

aa) le azioni possessorie ordinarie dei §§ 345, 346 e 372, ovvero:

bb) l' azione petitoria così detta *negatoria* del § 523 del Codice austriaco.

Di questa ultima azione parlerò qui appresso.

Parlo ora delle due prime.

Facendo valere l' azione possessoria ordinaria dei §§ 345 e 346 dovrò provare i vizii del possesso della servitù esercitata sul mio fondo dal mio avversario.

Potrò provarli con tutti i mezzi di prova del nostro giudiziario regolamento.

Facendo invece valere l' altra azione possessoria ordinaria del § 372 dovrò provare di aver acquistato con titolo valido e con modo non vizioso il possesso del mio fondo senza traccia di servitù.

Il titolo valido potrò provarlo con uno dei mezzi additati dal § 317 del Codice civile.

Il modo non vizioso potrò provarlo dimostrando coi mezzi indicati dal regolamento giudiziario che non sono giunto al possesso del fondo senza traccia di servitù, *nec vi, nec clam, nec precario*, parole queste che compendiano quello che dicono i §§ 345 e 1464 del Codice suddetto.

c) Quando poi il possesso avversario della servitù sia mantenibile anche nella via possessoria ordinaria, ho detto al n.° 2 della presente annotazione che io per distruggerlo dovrò far valere l' azione petitoria *negatoria*, azione questa poi che come ho detto al n.° 1 della suddetta annotazione potrò far valere, per distruggere quel possesso quando fosse mantenibile soltanto in via possessoria sommaria.

Al suindicato n.° 2 ho pur detto che facendo io valere quell' azione petitoria *negatoria* dovrò secondo il § 523 del Codice austriaco provare che io abbia la proprietà del fondo sul quale il mio avversario esercita il possesso della servitù e che su esso il mio avversario si sia appropriata la servitù stessa.

Quest' appropriazione avversaria non mi sarà difficile provarla coi mezzi di prova portati dal vigente regolamento giudiziario.

In quanto all' aver io la proprietà del fondo osservo quanto appresso.

Per la legge civile austriaca quella proprietà può in generale essere acquistata per occupazione, per accessione, per tradizione.

aa) Se io contro ciò che ho detto nell' annotazione e al Capo XL del trattato primo avessi potuto acquistare la proprietà di quel fondo, mancante di padrone, per occupazione, non mi sarà difficile provare quella occupazione mediante testimonii.

Digitized by Google

bb) Se l'avessi acquistata per accessione, come p. e. per alluvione, quando avessi provato di essere proprietario del fondo al quale l'acqua aggiunse a poco a poco la terra, non mi sarà difficile provare l'alluvione per testimonii ed anche per periti.

cc) Parlando poi della tradizione:

1.° Quando io abbia acquistato la proprietà di quel fondo per usucapione, basterà che provi coi mezzi di prova del giudiziario regolamento il mio possesso di 30 o 40 anni, secondo i §§ 1468, 1472 del Codice austriaco, giacchè i libri pubblici da esso presupposti esistenti non furono mai introdotti nel Regno lombardo veneto.

Potrò nel mio tempo d'usucapione computare anche quello del mio antecessore secondo il § 1493.

Non avrò pel § 1477 bisogno di provare nè la buona fede, nè la non viziosità del mio possesso, nè quelle del mio antecessore perch'esse sono legalmente presunte a mio favore.

L'avversario che sostenesse non aver io acquistato la proprietà per usucapione dovrebbe invece provare, essere quel mio possesso, e quello del mio antecessore, di mala fede o vizioso.

Nemmeno avrò bisogno di produrre il titolo del suddetto mio possesso, per quanto ho detto, parlando delle servitù, nell'annotazione *a* al Capo XX del primo trattato.

Tanto meno dovrò provare il titolo di tutti i possessori a me anteriori, rimontando sino al primo ed originario di essi.

2.° Quando poi io abbia acquistato la proprietà del suddetto fondo per titoli, come il contratto, la disposizione di ultima volontà, la sentenza del giudice, o la legge p. e. per successione intestata o porzione legittima, mi sembra che mi basterà produrre la serie di quei titoli per tutto il tempo della usucapione, vale a dire, secondo i casi per 30 o per 40 anni.

Quando non mi fosse possibile produrre quella serie di titoli per tutto quel tempo, sembrami che basterà, che pel tempo rimasto scoperto, io produca prove suppletorie, come prove testimoniali di possesso, prove di presunzione di possesso come certificati degli uffizii del Censo, contratti di locazione del fondo e simiglianti.

In nessun caso mi sembra che dovessi provare per titoli la serie di tutte le trasmissioni della proprietà di quel fondo, cominciando da me e risalendo fino al primo ed originario acquisitore di esso.

Se si pretendesse da me tal prova si pretenderebbe cosa o impossibile od estremamente difficile.

Impossibile, perchè con quella teorica, e credo di non dire uno sproposito, farebbe d'uopo in quanto ai terreni risalire da acquisitore in acquisitore fino al tempo di cui non havvi memoria ed in cui per la prima volta fu stabilito fra gli uomini il diritto di proprietà.

Estremamente difficile, perchè colla teorica stessa, ed anche qui credo di non dire un altro sproposito, farebbe d'uopo in quanto gli edifizii risalire da acquisitore in acquisitore, sovente per varii secoli, fino a colui che gli avesse per conto proprio costruiti.

Ma queste, se io ho ombra di buon senso, sono belle e buone utopie.

Sono teoriche impraticabili, se anche, a quanto osserva il nostro egregio avvocato Pagani all'articolo rivendicazione del suo Repertorio legale dei diritti reali, il maggior numero dei giureconsulti le sostengono.

Non basta, per la legge austriaca, ch'io provi il possesso di 30 o 40 anni anche senza titolo alcuno perchè, quando non venga contro di me provata la mala fede ed i vizii

Digitized by Google

Nel silenzio della legge io dico che dee esser fatta in forma praticabile e non impraticabile in moltissimi casi.

Dunque non mai col risalire colle prove di proprietà dall' ultimo fino al primo ed originario acquisitore del fondo.

E non diversamente fatta esser dee quella prova di proprietà, quando il § 523 di quel Codice, dicendo che chi propone l' azione negatoria nelle servitù dee provare l' appropriazione altrui della servitù *sulla cosa propria*, stabilisce che di quella cosa provar debba la proprietà.

Ciò per la legislazione austriaca.

Domando ora come dovrei procedere in giudizio secondo la legislazione italiana, per liberarmi dalla servitù di passaggio che altri esercita sul mio fondo arrogandosela in base a possesso a di lui favore mantenibile in via e coll' azione possessoria?

Rispondendo alla domanda, osservo in primo luogo che la legislazione italiana non fa come l' austriaca distinzione fra l' azione possessoria sommaria e la ordinaria.

Osservo in secondo luogo, che per la legislazione italiana, il possesso della servitù di passaggio che il mio avversario esercita sul mio fondo, per essere a di lui favore mantenibile nella via possessoria, oltre alle altre qualità che aver dee secondo ciò che ho detto specialmente nell' annotazione *p* al presente Capo, dee aver durato un anno almeno.

E ciò perchè per l' articolo 23 del regolamento di processura civile del Regno d' Italia non si ammette azione possessoria se il possesso non ha avuto quella durata.

Osservo in terzo luogo, che se dunque il possesso del mio avversario della servitù di passare pel mio fondo, ha durato un anno almeno, ed è per questo a suo favore mantenibile in via possessoria io non fui durante quell' anno in possesso della libertà del mio fondo da quella servitù, e non avendo a mio favore quel possesso di un anno, non posso opporre una mia azione possessoria al possesso mantenibile in via possessoria di colui che a mio danno si arroga la servitù.

Osservo per conseguenza in quarto luogo che per liberarmi da quella servitù mancandomi il sussidio dell' azione possessoria, non posso valermi se non della petitoria e precisamente di quella che dicesi *negatoria*.

Non havvi a quel che so fra gli scrittori francesi controversia sul punto, che facendo io valere quell' azione *negatoria* la quale si risolve nella rivendicazione della libertà del mio fondo debba provare di aver la proprietà di esso.

Lo dice un' annotazione a pagine 349 del trattato del Pardessus sulle servitù prediali.

Ed infatti mi sembra chiaro che volendo io rivendicare la libertà di un fondo dalla servitù qualificandolo mio, tocchi a me, nel caso di negativa avversaria, provarne la proprietà.

Cioè provare di averla acquistata in uno dei modi preveduti dagli articoli 711 e 712 del Codice Napoleone.

Quella prova poi si riduce più ordinariamente ai titoli (documenti scritti) ed al possesso dimostrabile col mezzo di testimonii.

Non mi estendo di più su quella prova, non avendo essa interesse attuale.

Ripeto però a proposito della prova della mia proprietà mediante titoli, quello che ho detto di sopra secondo la legislazione austriaca, cioè che a provarla basterà che io produca la serie di quei titoli per tutto il tempo entro il quale, secondo il Codice Napoleone, ha perfezione la prescrizione acquisitiva così detta di 10 o 20 anni, senza che si possa da me esigere la prova per titoli di tutte le trasmissioni di proprietà da me sino

Digitized by Google

aver diritto a quella servitù, pare che gli autori francesi non sieno tutti della stessa opinione.

Io poi mi attengo all' annotatore del Pardessus, trattato delle servitù, pagina 349, il quale opina che quegli che intenta l'azione negatoria non dee provare la libertà del suo fondo, ossia non dee fare la prova negativa che il suo avversario non abbia diritto alla servitù.

E mi attengo alla opinione eguale espressa nel dizionario del Co. Merlin alla voce *Servitù*, Quistioni di diritto § VI in fine, nei termini seguenti.

« Ma le servitù sono allogate a tale riguardo in una categoria particolare.

» Pertiene a colui che pretende averne diritto esibirne la prova anche quando non » sia che convenuto, vale a dire quando trattandosi anche di servitù prescrittibili, abbia » il possesso di un anno e che il proprietario del fondo serviente eserciti contro di lui » l' azione *negatoria*. Comunque sia reo convenuto, in tal caso, dice Giustiniano nelle » sue Instituzioni, titolo *de actionibus* § 2.°, ei non cessa di essere considerato come at- » tore, *actoris partes sustinet*. Contrario alla libertà naturale del fondo serviente, il » possesso non può esonerarlo dalla prova diretta. *Colligo* (dice Brunnemanno sulla leg- » ge 9 *de servitutibus et aqua*), *servitutem esse probandam ab eo qui in possessionem » servitutis est ; ita ut possessio, quia contra naturam rei primaevam est, possiden- » tem non relevet.* »

Ed infatti, o bisogna escludere del tutto, come ho detto trattando di sopra la medesima quistione secondo il Codice austriaco, che la presunzione stia per la libertà naturale del fondo, od ammettendolo, locchè sembra che si debba fare, bisogna conchiudere che contro quella presunzione chi sostiene la servitù provar debba di averne diritto.

(*dd*) Nel § XXXVIII e seguenti del presente Capo il Cipolla parla dell' altro interdetto romano possessorio *de itinere actuque privato reficiendo*.

Secondo il celebre Savigny nel suo trattato del possesso sezione 5 § 46 delle servitù prediali II, quell' interdetto tende alla riparazione del passaggio del quale l' interdetto *de itinere actuque privato* era destinato ad assicurare l' uso.

L' attore conchiude in quel primo interdetto che il proprietario del fondo non gli impedisca di porre il passaggio (il sito di esso) in istato praticabile.

Esso interdetto è sottoposto a maggiori restrizioni di quello *de itinere actuque privato*. Deve cioè l' attore:

a) dar cauzione del pregiudizio che risultar potrebbe dal suo lavoro;

b) provar il suo gius *reficiendi* (punto questo pel quale questo interdetto si distingue dalle altre azioni possessorie);

c) avere il possesso della servitù di passaggio;

d) provare oltre al possesso il suo diritto alla servitù perchè il gius *reficiendi* è conseguenza della stessa servitù.

Osserva poi il Savigny che quel diritto alla servitù non è condizione soltanto ma eziandio oggetto dell' interdetto *de itinere actuque privato reficiendo* il quale non protegge in questo modo soltanto l' attore da ogni turbamento del suo lavoro, ma gli fa anche aggiudicare, come nell' azione *confessoria*, il diritto stesso alla servitù, s' egli somministra la sua prova.

Ecco i rapporti in cui sta l' interdetto con quell' azione.

Chi provar può il suo diritto alla servitù ricorrere può all' azione *confessoria* per essere mantenuto nell' esercizio integrale del suo diritto.

Ma nel caso determinato del quale ci occupiamo, continua il Savigny, quando oltre

Digitized by Google

de itinere actuque privato contro chi gli impedisce o proibisce di esercitare quella servitù, possa, sotto certe condizioni che enumera, far valere l'altro interdetto *de itinere actuque privato reficiendo* contro chi gl' impedisce di ristaurare il sito nel quale è in possesso della suddetta servitù, per l'effetto che non gli venga impedito o proibito di ristaurarlo.

Io alla mia volta poi esamino, seguendo quell' autore, quali azioni per la legislazione italiana ed austriaca, chi si trovi in possesso mantenibile in via possessoria della servitù del passaggio pel fondo altrui, ed il quale soddisfar voglia all' obbligo di conservare e riparare la cosa serviente, possa far valere, contro chi gl' impedisce o proibisce di eseguire su quella cosa i lavori di conservazione e di riparazione, che voglia eseguire.

Parlo prima della legislazione italiana.

Trattando delle azioni possessorie, la teoria delle azioni, eccezioni ecc., da me accennata nell' annotazione *d* al Capo II del trattato I, dichiara nell' articolo 42 quanto appresso:

« Quegli che ottiene per sentenza passata in giudicato la manutenzione e la reinte-
» grazione ha il pieno possesso e godimento dell' oggetto contenzioso, ed il turbamento
» che ha sofferto non lo ha reso possessore di mala fede. »

Ritenuto il principio di questo articolo, sembra che per la legge italiana il possessore di una servitù di passaggio pel fondo altrui, mantenibile in via possessoria, quando vi sia stato mantenuto dal giudice in quella via, avendo il pieno possesso e godimento della servitù stessa, abbia il diritto di eseguire tutti i lavori necessarii a conservare e riparare il sito del passaggio e non possa essere turbato nella loro esecuzione.

Dato dunque che gli venga impedito o proibito di eseguirli, parmi che per far cessare l' impedimento o la proibizione, possa far valere l' azione possessoria a un dipresso nei seguenti termini.

Dimostrerà cioè di essere in possesso mantenibile in via possessoria della servitù.

Osserverà essere conseguenza di quel possesso così mantenibile, il pieno possesso e godimento della servitù stessa, quindi il diritto di eseguire tutti i lavori occorrenti a conservare e riparare il sito sul quale la esercita, senza che nessuno possa proibirglielo od impedirglielo.

Proverà, in caso di negativa avversaria, la sofferta proibizione ed impedimento, e domandando di essere mantenuto nel possesso della servitù di passaggio e per conseguenza nel diritto di eseguire quei lavori, chiederà che debba cessare ogni turbamento della loro esecuzione.

È chiaro poi che colui il quale ha sofferto il suddetto turbamento può per farlo cessare appigliarsi, anzi che all'azione possessoria, alla petitoria provando con titoli (documenti scritti) di avere non il semplice possesso ma diritto alla servitù e per conseguenza diritto di fare quelle riparazioni e di non essere in esse turbato.

Anche per la legislazione austriaca è chiaro che il possessore mantenibile in via possessoria della servitù di passaggio pel fondo altrui al quale venga impedito o proibito di ristaurare il sito sul quale la esercita, può far valere l' azione petitoria *confessoria*, provando secondo il § 523 del Codice civile l' acquisto della servitù, cioè di aver acquistato il diritto o per così dire la proprietà di essa (ciò e non altro essendo veramente quello che costituisce siffatta azione) e domandando che spettandogli in conseguenza di quella proprietà il diritto di riparare il sito del passaggio, cessar debbano la proibizione o l' impedimento frapposto a quelle riparazioni.

E qui notisi bene che secondo il suddetto § 523 l' attore nel suddetto caso invece di provare l' acquisto della servitù ed appigliarsi così all' azione *confessoria* può limitarsi a provare di essere in possesso della servitù come diritto reale.

Vedesi a mio avviso da ciò che può appigliarsi invece all'azione possessoria sia sommaria sia ordinaria dei §§ 339, 346, 372 del Codice civile, provando nell' azione possessoria sommaria l' ultimo suo possesso di fatto della servitù, e nella ordinaria, essere il

Digitized by Google

(*ee*) La domanda fatta al § XXXIX del presente Capo dal Cipolla se gl' interdetti *de itinere actuque privato* e *de itinere actuque privato reficiendo* sieno due ovvero un solo in due capi, mi pare per la legislazione italiana ed austriaca per noi indifferente per quel che ho detto nell' antecedente annotazione.

Osservo soltanto che secondo l' Haimberger, diritto romano privato e puro § 298, quei due interdetti sarebbero un solo, quello *de itinere actuque privato.*

(*ff*) Anche la domanda fatta dal nostro autore al § XL del presente Capo in che cosa l' interdetto romano *de itinere actuque privato reficiendo* differisca dall' azione confessoria, mi sembra indifferente per le leggi italiana ed austriaca per le quali è spiccata la differenza fra le azioni petitoria e possessoria.

Come ho detto poi nell' annotazione *dd* al presente Capo, secondo il Savigny quell' interdetto è un' azione confessoria in forma di esso.

(*gg*) Al § XLI del presente Capo, il Cipolla domanda se non basti che chi usa del suddetto interdetto provi che la servitù gli fu costituita.

Io poi alla mia volta nell' annotazione *dd* al presente Capo ho accennato che cosa per la legge italiana ed austriaca debba provare chi fa valere l' azione possessoria o la petitoria quando si trovi in possesso mantenibile in via possessoria della servitù del passaggio pel fondo altrui, e quando volendo ristaurare il sito di quel passaggio e ciò venendogli proibito, voglia superare la proibizione o l' impedimento.

(*hh*) Al § XLII finalmente il nostro autore domanda se non basti che chi usa del suddetto romano interdetto provi il suo quasi possesso della servitù senza che provar debba che essa gli fu costituita.

Anche qui ripeto quanto secondo la legge italiana ed austriaca ho detto nell' antecedente annotazione *gg*.

Digitized by Google

CAPUT II.

DE SERVITUTIBUS ACTUS.

I. *Actus est jus agendi vel jumentum, vel vehiculum.* — II. *Actum qui habet, an iter quoque habere dicatur.* — III. *Actus et iter in quo differant, et conveniant.* — IV. *Iter, qui habet, instrumenta agrorum ducere nequit: sed qui actum habet, sic.* — V. *Actus et via in quo differant.* — VI. *Actus latitudo quanta esse debeat.* — VII. *Servitus actus si tam angusto loco concessa fuerit, ut neque vehiculum, neque jumentum per locum perduci possit, an actus, vel iter esse dicatur.* — VIII. *Actus servitutem in fundo habens, an per quamlibet ejus partem servitute actus uti possit, et aliquando per unam, aliquando per aliam.* — IX. *Actus electio ad quem spectat, quando sine ulla loci determinatione constituitur, an scilicet ad constituentem, et ejus haeredem, an illi cui actus servitus constituta fuerit.* — X. *Actum per certum locum si quispiam alicui cesserit, an possit postea pluribus per eundem locum actum cedere.* — XI. *Actus uni si deberetur: ut vehiculis trium generum uteretur, et alio genere usus fuerit: vel quid superfluum egerit: an per hoc ipsam servitutem amiserit.* — XII. *Actus servitutem si fundus debeat: et vi fluminis pons occupatus sit: et postea alluvione restitutus: an servitus amissa in pristinum statum restituatur.* — XIII. *Actus servitutem locus debens si quis inundatus fuerit, an dominus fundi pati teneatur, quod possit ille cui servitus debetur in alia parte fundi agere.*

CAPO II.

DELLE SERVITÙ DI CONDOTTA.

I. Condotta è il diritto di condurre o un giumento od un carro. — II. Se chi ha la condotta si dica aver anche il passaggio. — III. In che cosa differiscano e s'accordino il passaggio e la condotta. — IV. Chi ha il passaggio non può condurre gli strumenti rurali; ma lo può chi ha la condotta. — V. In che cosa differiscano la condotta e la strada. — VI. Quanta esser debba la larghezza della condotta. — VII. Se la servitù di condotta fu concessa in luogo tanto angusto che per esso non possa passare nè un carro, nè un giumento, si dice forse essere una condotta od un passaggio? — VIII. Se chi ha la servitù di condotta sopra un fondo, possa usare della servitù in qualsivoglia parte di esso, e talora in una parte, talora in un'altra. — IX. A chi spetti la scelta della condotta quando fu costituita senza alcuna determinazione di luogo, se a chi l'ha costituita ed al di lui erede, oppure a quello, al quale fu concessa. — X. Se quando alcuno ha ceduto ad un altro la condotta per un certo luogo, possa di poi concedere ad altre persone la condotta per lo stesso luogo. — XI. Se, qualora è dovuta ad alcuno la condotta perchè usi di tre specie di carri, e questi abbia usato di una specie diversa, od abbia condotto alcunchè di superfluo, sia perciò decaduto dalla servitù. — XII. Se un fondo è obbligato alla servitù di condotta, ed il ponte sia invaso dalle acque del fiume e poscia sia rimasto libero pel loro abbassarsi, la servitù perduta è forse rimessa nel suo pristino stato? — XIII. Se il fondo, che deve la servitù di condotta, sia rimasto innondato, il suo padrone è forse obbligato a soffrire che quegli, cui è dovuta la servitù, conduca per un'altra parte del fondo?

Digitized by Google

potest sine jumento, ut ibidem dicitur. Sed contra hoc ultimum opponitur, et videtur quod imo ille qui actum habet, iter non habet: quia iter et actus sunt diversae et separatae servitutes, ut patet ex earum definitione (1), *et una potest esse sine alia, ut ibi: nec una inest in alia* (2); *et adeo sunt diversae istae servitutes, iter, et actus, ut si primo petii iter, et succubui, nihilominus actum petere potero* (3). *Nec etiam ille, qui habet actum, potest habere servitutem itineris: quia tunc haberet duas servitutes, et una adempta, altera maneret* (4). *Quod tamen lex negat, quia adempto itinere ubi debetur actus, nihil amittitur* (5): *ad hoc respondeo secundum gloss.* (6) *quod iter unum est, quod est servitus, aliud quod non est servitus, sed quaedam commoditas, quae inest in servitute actus.*

II. *Si quaeritur de isto secundo itinere, scilicet quantum ad commoditatem, et non quantum ad servitutem: et tunc qui actum habet, iter habet* (7), *et potest esse ratio, quia ista commoditas itineris dicitur esse pars integralis ad actum: quia ex commoditate itineris, et agendi constituitur actus* (8) *secundum gloss.* (9), *quod etiam quoad commodum potest esse unum indubitanter sine alio, ut quia sic in constituenda servitute sit actum, ut solus tantum iret, vel cum socio, vel cum equo, vel vehiculo tantum* (10). *Si vero loquimur de primo itinere, quod est servitus, et istud non continetur sub servitute actus: imo tunc sunt duae diversae servitutes, et partes separatae, et ita loquuntur contraria.*

III. *Vidimus divisionem servitutis actus, nunc secundo loco declaremus, in quo differant, et conveniant actus et iter.*

condotta ha anche il passaggio, e di esso può usare senza giumento, come dicono i testi. Ma contro quest' ultima conclusione viene opposto, e sembra, che anzi quegli che ha la condotta, non abbia il passaggio; perchè il passaggio e la condotta sono due servitù fra loro diverse e separate, come è manifesto per la loro definizione; ed una può stare senza l' altra, ned una è compresa nell' altra. E perciò sono differenti queste servitù di passaggio e condotta, di modo che se da principio io chiesi il passaggio e restai soccombente, nondimeno potrò poscia chiedere la condotta. Ned eziandio quegli che ha la condotta, può avere la servitù del passaggio, perchè allora avrebbe due servitù, e tolta l' una, l' altra rimarrebbe. Locchè però è negato dalla legge, perchè tolto il passaggio ove è dovuta la condotta, niente si perde. A questo io rispondo, secondo la glossa, che vi è un passaggio ch'è servitù, ed un altro che non è tale, ma una certa comodità, ch'è compresa nella servitù di condotta.

II. Se si discorre di questo secondo passaggio, cioè quanto alla comodità, non già rispetto alla servitù, ed allora chi ha la condotta, ha anche il passaggio; e la ragione può esser questa, che tale comodità del passaggio dicesi essere una parte integrante della condotta; perchè questa appunto si forma, e della comodità di passare, e di quella di condurre. Dice nondimeno la glossa, che rispetto al comodo una può stare indubbiamente senza l' altra, come qualora nel costituire la servitù si pattuisca il passaggio soltanto, o col compagno, o col cavallo, o soltanto col carro. Se poi si parla del primo passaggio, ch' è una servitù, allora questo non è compreso nella servitù di condotta; anzi sono due servitù diverse e due parti separate, e così sono opposte fra loro.

III. Abbiam veduto qual sia la divisione della servitù di condotta; ora spieghiamo in secondo luogo, in che differiscano e con-

Digitized by Google

quo quis pedes vel eques commeare potest. Actus vero, ubi etiam armenta trahere, et vehiculum ducere liceat (1), *et exponere armenta, ut sunt boves* (2). *Sed alias habetur in litera armamenta, et gloss. ibi, exponit 1. instrumenta agrorum.*

IV. *Unde ex hoc nota, quod qui habet iter, non potest ducere instrumenta agrorum, sed si habet actum sic, et intellige trahendo ipsa instrumenta per terram, alias non haberet dubium, imo dum loquitur ibi de actu, dicit et armenta, nihil operaretur: contra* (3) *eum simil. Item est alia differentia, quia qui habet iter, non potest plaustrum seu vehiculum ducere vel jumentum ante se, vel post se. Sed ille qui habet actum, bene potest* (4), *et intellige de jumentis et armentis, imo ille qui habet actum, nedum potest secum ducere boves: sed etiam equos et equas, aut mulos oneratos, secundum dom. Paul.* (5). *Conveniunt autem in hoc iter et actus, quia qui habet iter vel actum non potest trahere lapidem, aut tignum per terram, nec in eis hastam rectam ferre licet: quia neque eundi, neque agendi gratia id faceret, et possent fructus laedi* (6), *et ideo licet possibile sit, quod frumenta non laedantur, inferre tamen hastam rectam non possunt: quia inspicitur quod evenire potest* (7). *Secus est in illo, qui habet servitutem viae, quia et trahendi lapidem aut tignum, et rectam hastam ferendi jus habet, si modo fructus non laedat* (8). *Potest tamen modus adjici in servitute actus, puta quo genere vehiculi agatur, vel non agatur, veluti cum equo dumtaxat, vel ut certum pondus vehatur, vel certa res portetur* (9).

V. *Quae autem sit differentia inter actum et viam, vide per gloss.* (10), *et dicetur in titul. sequenti circa princip.*

VI. *Tertio videamus, quanta latitudo actus esse debeat, et dicendum est. Aut latitudo non est demonstrata: quia de ea nihil est dictum, et tunc arbitrio judicis*

(1) *Ut l. iter. ff. de serv. rust. praed.*
(2) *Ut l. boves, in princ. de ver. sign. et l. servis legatis, § armento. ff. de leg. 2.*
(3) *L. si quando de leg. 1.*
(4) *L. qui sella, in princip. ff. de serv. rust. et probatur in l. 1. § eod. tit. et instit. eod. § 1.*
(5) *In d. l. inter actum in fin.*

che passaggio è quello, pel quale alcuno può andare e venire o a piedi od a cavallo; condotta poi è quella, per la quale è permesso eziandio scortare il bestiame e condurre il carro; ed intendi per bestiame i buoi, benchè la glossa, sotto la voce *armamenta*, intenda gli strumenti rurali.

IV. Laonde da ciò ricava, che chi ha il passaggio, non può condurre gli strumenti de' campi, ma sì lo può chi ha la condotta; ed intendi, trascinando per terra gli stessi; in caso diverso non lo potrebbe indubbiamente. Del pari vi è un' altra differenza, che chi ha il passaggio non può condurre vettura o carro, nè giumento davanti a sè, nè dopo di sè. Ma quegli che ha la condotta bene il può; ed intendi parlarsi dei giumenti ed armenti; anzi quegli che ha la condotta, non solo può condur seco i buoi, ma eziandio i cavalli e le cavalle, od i muli carichi, secondo Paolo di Castro. Convengono poi in ciò il passaggio e la condotta, che chi ha il passaggio o la condotta non può trascinar sassi o travi per terra, nè portare in esse aste erette, perchè queste cose non si fanno per cagione del passare o del condurre, e potrebbero danneggiare ai frutti. E però, sebbene sia possibile che le messi non restino lese, tuttavolta non si può portare l' asta eretta, perchè si guarda a ciò che puote accadere. Diversamente procede la cosa per colui che ha la servitù di strada, perchè ha diritto, e di trascinar pietre e travi, e di portare aste ritte, qualora non tocchi i frutti. Si può nondimeno apporre un temperamento alla servitù di condotta, per esempio, stabilendo con qual genere di vetture si debba condurre o non condurre, se col cavallo soltanto, o se si possa trascinare un certo peso, o se si possa portare una cosa determinata (*a*).

V. Quale poi sia la differenza fra condotta e strada, vedi nella glossa e ne' testi, e ne parleremo nel titolo seguente in principio (*b*).

VI. In terzo luogo vediamo di quanta larghezza esser debba la condotta, ed in questo argomento così è da dirsi. O la larghezza non è dimostrata, perchè nulla è detto di essa, ed allora dovrà essere determinata ad arbitrio del giudice, giusta la

(6) *Ut d. l. qui sella, in princ.*
(7) *Ut not. gloss.*
(8) *Ut d. l. qui sella, § 1.*
(9) *Ut l. servitutes, § modum, ff. de servitut. et l. si cui in princip. quemadmod. serv. amitt.*
(10) *Instit. de servit. § via, et in l. 1. § 1. ff. de serv. rust. praed.*

Digitized by Google

statuenda est, ut l. certo generi § latitudo, ff. de servit. rust. praed., *ex quo patet quod latitudo actus non designata, designatur per judicem non* per l. *quod secus est in via* (1). *Quibus adde quae dixi supra* titul. proxime. vers.; item quaero quanta debet esse latitudo itin. et versicul. praecedenti.

VII. *Sed quid si tam angusti loci demonstratione facta servitus actus concessa est, ut neque vehiculum, neque jumentum per illum locum perducere possit, an erit actus vel iter, et videtur quod non sit iter, quia illud non fuit concessum. Item nec actus, quia est contra naturam illius servitutis* (2). *Unde dicitur illud, quod potui, nolui, quod volui, implere nequivi* (3); *dic quod habetur iter, et non actus* (4).

VIII. *Quarto principaliter quaero, an habens servitutem actus in fundo, possit agere, id est, uti servitute actus per quamlibet ejus partem, et aliquando per unam, aliquando per aliam? dic* (5) *ut plene dixi* in tit. praecedenti vers. quaero nunquid habens servitutem itineris.

IX. *Item ad quem spectet electio actus, quando sine ulla loci determinatione constituitur, an ad constituentem et ejus haeredem, an illi cui servitus est constituta?* Vide quae dixi in praecedenti libr. (6).

X. *Quaero quinto, quid si per certum locum quis actum alicui cesserit, an possit postea vel pluribus per eundem locum actum cedere? Dic regulariter, quod sic* (7); *quod declara* (8).

XI. *Quaero sexto, circa amissionem servitutis actus uni actus debebatur, ut vehiculis trium generum uteretur, et alio genere fuit usus, vel si amplius quam licuerit, vexerit; vel si latiore actu usus sit: aut si plura jumenta egerit, quam licuerit: an per hoc servitutem amiserit? Dic quod non, et idem in similibus, in quibus quis plus facit, quam ei licuit: non tamen propter hoc ei plus conceditur, quam pactum est in servitute habere* (9).

(1) *Ut l. viae latitudo, eod. titul. de quo dicam in sequenti titulo circa finem.*

legge *certo generi* § *latitudo ff. de serv. rust. praed.*, dalla quale apparisce, che la larghezza della condotta, quando non è stabilita dalle parti, vien determinata dal giudice, non dalla legge, lo che non avviene per la strada. A questo aggiungi ciò che ho detto prima nel vicino titolo (*c*).

VII. Ma che fia, se la servitù di condotta fu conceduta in sito manifestamente sì angusto, che nè carro, nè giumento possa per esso passare? sarà essa condotta, oppure passaggio? Sembra che non sia passaggio, perchè questo non venne concesso; e nemmeno condotta, perchè è contro la natura di quella servitù; e però può quivi aver luogo l' adagio: Non volli ciò che potei, e ciò che volli, non potei eseguire. Di' dunque che vi è passaggio e non condotta (*d*).

VIII. In questo luogo principalmente lo dimando, se colui che ha la servitù di condotta nel fondo altrui possa condurre od usare di essa in qualsivoglia parte del fondo, e talvolta in una parte, talvolta in un'altra? Di', come i testi, e come ho detto prima nel capo anteriore (*e*).

IX. E quando la condotta viene costituita senza alcuna determinazione di luogo, a chi spetta la scelta del sito: a chi la costituisce ed al di lui erede, oppure a quello cui viene costituita? Vedi ciò che ho detto nel libro precedente (*f*).

X. In quinto luogo dimando: E che di diritto, se alcuno avrà concesso ad un altro la condotta per un certo sito; potrà forse poscia cederla ad altre persone per lo stesso luogo? Rispondi, che di regola il può (*g*).

XI. Dimando in sesto luogo circa la perdita della servitù di condotta: a certuno era stata costituita la condotta, onde si valesse di tre specie di vetture, ed invece ei fece uso d' un' altra; o condusse più che non gli era permesso, od usò d' una condotta più larga, o condusse maggior numero di giumenti del conceduto. Avrà egli perciò perduta la servitù? Rispondi che no, e così pure ne' casi simili, ne' quali alcuno fa più di quanto gli è consentito, benchè però non gli provenga maggior diritto di quello che fu pattuito che debba avere (*h*). Del

(5) *Ut habetur in l. si certo generi. § si totus,*

Item si fundus debet servitutem actus, et pons vi fluminis occupatus est, et postea alluvione restitutus: an servitus amissa in pristinum statum restituatur? Vide l. loci corpus (1) *et quod late scripsi* in tit. praeced. versic. item nota. quod si fundus.

XII. *Item locus debens servitutem actus, est aquis inundatus: an teneatur dominus fundi pati, quod possit ille cui servitus debetur, agere in alia parte fundi? Vide quod plene scripsi* in servitute praecedenti (2). *Caetera circa istam materiam* vide quae dixi in titul. praecedenti, *quia multa contraria sunt inter iter et actum, ut ibi patere potest*, et vide etiam quae dicentur in titul. sequenti. *ubi plura quae dicentur de via, convenient huic servituti.*

(0) *In princip. ff. si servit. vindicetur.*

pari, se il fondo deve la servitù della condotta, ed il ponte è occupato dalle acque del fiume, e viene poscia restituito al suo scopo per abbassamento di quelle, la servitù perduta viene forse restituita nel suo pristino stato? Vedi i testi e ciò che ampiamente ho scritto nel titolo precedente (*i*).

XII. Parimente, se il luogo obbligato alla servitù di condotta è inondato dalle acque, è forse tenuto il padrone del fondo a soffrire, che quegli al quale la servitù è dovuta, possa condurre in altra parte del fondo? Vedi ciò che ho detto nella servitù precedente. Ciò che rimane a dirsi circa questa materia, vedilo nel titolo anteriore, perchè molte contrarietà vi sono fra il passaggio e la condotta, com'ivi si può vedere; e vedi anche ciò che dirò nel seguente capo, avvegnachè parecchie cose che si dicono della strada, convengono anche a questa servitù (*k*).

(1) *Versic. si quid si locus debens servitutem.*

ANNOTAZIONI AL CAPO II.

(*a*) 1.° In questo Capo il Cipolla parla della servitù *actus* del diritto romano.

Ed io nelle relative annotazioni parlo della servitù di condur bestie secondo il Codice austriaco.

In quanto al Codice Napoleone mi riferisco anche per la servitù di condurre bestie a quanto ho detto ai n. 12 e 13 dell' annotazione *a* al precedente Capo.

2.° Tornando al Codice austriaco ho detto ai n. 3 e 4 lettera *b* dell' annotazione *a* al Capo I che cosa sia il modo della servitù di passaggio consistente nel condurre bestie pel fondo altrui.

3.° Nell' annotazione *a* n. 4, 6, 7, 8 e 9 di quel precedente I Capo ho osservato che pel Codice austriaco, il passaggio a piedi è un modo e la condotta di bestie è altro e diverso modo della servitù di passaggio.

4.° Ho pure notato, quando col diritto di passare a piedi sia congiunto l' altro diritto di condurre bestie e come nel diritto di condurre bestie sia compreso naturalmente quello di passare con esse a piedi.

5.° Il Cipolla spiega in che convengano ed in che differiscano le due servitù romane *itineris* ed *actus*.

Applicando quello ch'ei dice in quel proposito, ai due modi della servitù del passaggio secondo il Codice austriaco, vale a dire ai diritti di passare a piedi e di condurre bestie, osservo quanto appresso:

a) Nel diritto di passaggio a piedi non è compreso senza concessione speciale l'altro e diverso diritto di andare e venire a cavallo, ch' è altro modo della servitù del passaggio conducendo bestie.

b) Nel diritto di condurre bestie non è compreso quello di condurre carro. E se vi fosse concessione speciale di condurlo vi avrebbero non un solo ma due modi della servitù del passaggio.

Digitized by Google

d) Sembrami invece che avendo io semplicemente il diritto di passare a piedi o di condurre bestie, quando io strascini per terra al tempo stesso i suddetti strumenti, a quei primi due modi di servitù io ne aggiunga un terzo, che non è nè passaggio a piedi nè condotta di bestie.

Mi sembra quindi di non potere strascinarli senza concessione speciale.

e) Chi ha il solo diritto di passare a piedi non può condurre nè giumento avanti o dopo di sè, nè vettura o carro.

Se potesse farlo, non avrebbe, come ha, il solo modo di servitù del passaggio a piedi, ma avrebbe eziandio gli altri due modi diversi di condurre bestie e di passare col carro pel fondo altrui, il che non è ammissibile.

f) Pel § 493 del Codice civile chi ha il diritto di condurre bestie non può senza speciale concessione strascinare pesi gravi, p. e. pietre o travi sul fondo serviente.

Tanto meno senza quella concessione può strascinarli chi ha il diritto di passaggio a piedi.

Credo poi che come può esservi quella concessione nel caso della condotta di bestie, esservi possa anche nel caso del passaggio a piedi.

g) Quegli che ha il diritto del passaggio a piedi o di condurre bestie pel fondo altrui ha o no il diritto *rectam hastam ferendi*, ossia di portar stanghe dritte?

Nessun dubbio a mio credere che lo abbia, quando ne esista concessione speciale o quando lo abbia acquistato per possesso inducente la prescrizione acquisitiva (usucapione).

Nessun dubbio che non lo abbia, quando il titolo che ha costituito il diritto di passare a piedi, o di condurre bestie, abbia proibito di portar quelle stanghe.

Il dubbio può nascere quando non vi abbia nè titolo nè possesso che stabiliscano il suddetto diritto.

Per sciogliere questo dubbio distinguerei:

O il portar quelle stanghe arreca al fondo serviente un aggravio che non apporterebbero il semplice passare a piedi o condurre bestie, come se p. e. guastasse i rami o le frutta del campo per cui ha luogo il passaggio o la condotta, ed allora parmi che il portarle potrebbe venir considerato come un terzo e diverso modo di servitù e potrebbe non essere permesso.

O il portarle non arreca per nulla quell' aggravio, ed allora parmi che potrebb' essere ritenuto, non esservi un terzo modo di servitù diverso da quello del passaggio a piedi o del condurre bestie, e che potrebb' essere permesso di portarle.

(*b*) Della differenza fra la condotta di bestie, ed il passaggio con carro, farò cenno nelle annotazioni al Capo III.

(*c*) In quanto alla determinazione dello spazio in lunghezza e larghezza sul quale esser dee esercitato il diritto di condurre bestie pel fondo altrui, vale quanto ho detto nell' annotazione *c* dell' antecedente Capo I.

Osservo soltanto che al settimo capoverso di quell' annotazione dove sta scritto: *Anche dove si tratti dello spazio in lunghezza*, dee evidentemente leggersi: *Anche dove si tratti dello spazio in larghezza*, come rilevasi pure chiaramente dal capoverso successivo.

(*d*) Se il diritto di condurre bestie fu conceduto in sito manifestamente sì angusto che nessuna bestia possa passarvi, e nemmeno carretta a mano, ma bensì persona a piedi, sarà esso di passaggio a piedi o di condotta di bestie?

Anche qui distinguerei.

O è possibile con lavori di ridurre quel sito atto al passaggio delle bestie e della carretta, ed allora non vedrei perchè non debba esservi la condotta di bestie espressamente conceduta.

Infatti se fu conceduto il fine e sono possibili i mezzi di conseguirlo, non vedrei perchè si dovesse recedere dalla concessione.

Potrà poi vedersi nell' annotazione *c* al Capo XXIII del trattato I a carico di chi debbano stare le spese di quei lavori.

O non è possibile con lavori ridurre quel sito atto alla condotta delle bestie e della

Digitized by Google

carretta, ed allora, specialmente secondo il § 916 del Codice austriaco, la condotta di bestie fu conceduta solo in apparenza, ed in realtà non potendo essere stato conceduto se non il passaggio a piedi, vi sarà questo, anche perchè per l'altro § 914 le convenzioni si interpretano in modo che sortano effetto e non in modo da essere ridotte a nulla.

(*e*) A questa domanda del Cipolla, ed in quanto riguarda la servitù di condurre bestie pel fondo altrui stabilita specialmente dal Codice austriaco, rispondono le annotazioni *a* e *b* al Capo XXIII del trattato I e *b* dell' antecedente Capo I del presente trattato.

(*f*) A chi spetti la scelta del sito anche per l' esercizio della suddetta condotta di bestie l' ho detto pure nelle suddette annotazioni.

(*g*) A questa domanda del Cipolla risponde l' annotazione *d* al suddetto Capo I.

(*h*) Non ha perduto nemmeno, a mio credere, il diritto di condurre bestie pel fondo altrui, colui che ne ha usato in modo più ampio del titolo costitutivo, p. e. col condurre più bestie di quello che era stato stabilito, e ciò perchè nel più sta eziandio il meno.

Non lo ha perduto nemmeno chi ne ha usato in modo più ristretto di quel titolo col condurre p. e. meno bestie delle stabilite, perchè facendo meno il diritto è ridotto bensì ma sempre conservato, come è aumentato ma egualmente conservato, facendo più.

Esercitando poi la servitù di passaggio in modo diverso dallo stabilito col titolo, p. e. passando a piedi soltanto, dove vi era la condotta delle bestie, parmi che quando non siavi stato uso della servitù in quest' ultimo modo per tutto il tempo della prescrizione estintiva, il diritto di condur bestie sia andato perduto appunto per prescrizione, e che concorrendovi i requisiti della prescrizione acquisitiva sia stato acquistato appunto per questa prescrizione acquisitiva il diritto invece esercitato di passare a piedi.

(*i*) Sulla quistione se inondato dalle acque il sito obbligato alla condotta delle bestie quel diritto di condotta si ristabilisca, abbandonato che sia quel sito dalle acque stesse, veggasi quanto ho osservato al n.° 1 dell' annotazione *m* al precedente Capo I.

(*k*) E sulla quistione dell' assegnamento di altro spazio per esercitare quel diritto di condurre bestie nel caso d' inondazione del primitivo sito, veggasi quanto ho detto al n.° 2 della suddetta annotazione *m*.

Veggasi del resto in generale anche pel diritto di condurre bestie quanto ho detto nel Capo I del presente trattato.

Digitized by Google

CAPUT III.

DE SERVITUTE VIAE.

I. *Vis est jus eundi, agendi et ambulandi.* — II. *Via et actus an inter se differant.* — III. *Strata quid propria sit.* — IV. *Viae latitudo quaenam sit, quando viae servitus promissa fuerit.* — V. *Pedis mensuram quaenam sit.* — VI. *Viae vel stratae latitudo, in qua servitus non debetur, quaenam sit.* — VII. *Servitus una vel plures quando dicatur, et quomodo cognoscatur.* — VIII. *Fundorum dominantium ad pluralitatem plures servitutes resultant, etiam si unus tantum fundus pluribus serviat.* — IX. *Servitus una vel plures si cognoscantur, quae utilitas resultet.* — X. *Viae caput, et finis, et medium, et latera quo in loco esse dicantur.* — XI. *Aedificium juxta plateam authoritate publica si destruatur, an platea amplietur, et utrum via juxta illud aedificium destructum desinat esse, et incipiat esse platea, an via remaneat sicut erat primo.* — XII. *Statutum si dictaverit, quod in platea poena duplicetur: ubi platea sit, et incipiat.* — XIII. *Via media quae dicatur.* — XIV. *Viae caput quantum spatium occupet, quantum pes, seu finis, et quantum medium.* — XV. *Viae mensuratio unde incipere debeat.* — XVI. *Via quotuplex esse dicatur.* — XVII. *Regalia quae proprie dicantur.* — XVIII. *Viam esse publicam ad probandum quid requiratur.* — XIX. *Via in publica an unicuique ire licitum sit, et duvere currum vel plaustrum aut lapides.* — XX. *Jus eundi per viam publicam an praescribi possit.* — XXI. *Via publica cujus sit.* — XXII. *Loca publica an vendi vel alienari possint, et per quem et quomodo.* — XXIII. *Civitas Paduae non potest facere aliquid statutum, nec aliquid alienare sine Venetorum licentia, apud quos omnis administratio existit.* — XXIV. *Per viam publicam an privato licitum sit aquam simpliciter ducere, vel per conductum ligneum, vel lapideum.* — XXV. *Ponticellos seu pontes facere an supra viam publicam licitum sit.* — XXVI. *Via publica an per privatum aliquo modo* [illegible]

CAPO III.

DELLA SERVITÙ DI STRADA.

I. La strada è il diritto di passare, condurre e passeggiare. — II. Se la strada e la condotta differiscano fra loro. — III. Che cosa sia veramente la strada. — IV. Qual sia la larghezza della strada, quando viene permessa la servitù di questo nome. — V. Qual sia la misura del piede. — VI. Quanta sia la larghezza della strada, nella quale non è dovuta servitù. — VII. Quando si dica che la servitù è una o più, ed in qual modo ciò si conosca. — VIII. Le servitù spettanti a più fondi dominanti sono più servitù, ancorchè un solo fondo serva a parecchi. — IX. Qual utilità derivi dal conoscere se la servitù sia una, o se sieno più servitù. — X. In qual sito si dica essere il capo, il fine, il mezzo ed i lati della strada. — XI. Se, qualora per pubblico decreto sia distrutto un edificio respiciente una piazza, questa si faccia più ampia, e la strada aderente a quell' edificio distrutto cessi d' esser tale, e cominci ad essere piazza, oppure se rimanga strada, com' era prima. — XII. Se lo statuto avrà comandato che si raddoppi la pena nella piazza, dove è, e principia la piazza? — XIII. Quale si dica via media. — XIV. Quanto spazio occupi il capo di strada, quanto il piede o fine, e quanto il mezzo. — XV. Da dove debba cominciare la misurazione della strada. — XVI. Di quante specie sia la strada? — XVII. Quali propriamente si dicano regalie. — XVIII. Che cosa abbisogni per provare che la strada è pubblica. — XIX. Se a chiunque sia permesso passare per la via pubblica, e condurre in essa carro o vettura o pietre. — XX. Se il diritto di passare per la via pubblica possa esser prescritto. — XXI. Di chi sia la pubblica strada. — XXII. Se i luoghi pubblici si possano vendere od alienare, da chi ed in quel modo. — XXIII. La città di Padova non può fare alcuno statuto, nè alienare checchessia senza licenza de' Veneziani, presso i quali sta l'intera amministrazione. — XXIV. Se al privato sia lecito condur l'acqua semplicemente per la via pubblica, o per una doccia di legno o di pietre. — XXV. Se sia lecito costruire ponticelli o [illegible]

Digitized by Google

clausuram frangere valeam. — XXXI. *Via publica quae est in una contrata, si claudatur, an alius de alia contrata, cujus parum aut nihil interest, agere possit, ut dicta clausura destruatur.* — XXXII. *Via publica duarum communitatum si sit, per quam eant currus communitatis utriusque, cui ex dominia territorii applicanda sit.* — XXXIII. *Statuto si caveatur, quod vulnerans in via publica magis puniatur, quam si alibi vulneret, et aliquis percussit in via privata, per quam iter publice fiebat, an puniatur; ac si in via publica vulnerasset.* — XXXIV. *Statutum si sit, quod si quis fundum vendiderit, cohaerens seu confinis aut collateralis idem pretium praesentare possit, et fundum venditum ab emptore vendicare: si aliquis fundum vendat, et vicinus, qui habet alium fundum propinquum via tamen publica interveniente, vigore dicti statuti pretium praesentare, velit an possit.* — XXXV. *Fridericus Imperator condidit quandam legem graecam, quae jus prothomisios vocatur.* — XXXVI. *Via communis si ad castrorum fontes existat, ad cujus jurisdictionem praedia pertinere praesumantur.* — XXXVII. *Fundum vel domum si quispiam legaverit, vel vendiderit, ac concessum videatur, quod ex fundo exterioris, vel vendentis viam habere debeat: vel si duo fratres sint, aut socii, et unum fundum dividant, an in dubio actum videatur, quod unus per alterius partem viam habere debeat.* — XXXVIII. *Via publica si aquis inundata, aut aliter destructa fuerit, an per vicini fundum iri possit.* — XXXIX. *Viam publicam si quispiam in vicini agrum rejecerit, an is per cujus fundum via publica facta sit, contra ipsum agere possit.* — XL. *Viae rejectae actio quae competit, et quae etiam necessaria sunt ab hoc ut competere habeat.* — XLI. *Viae rejectae actio propter quid competere dicatur.* — XLII. *Via rejecta, ut moveatur si agatur, quid juris.* — XLIII. *Si quispiam agerit contra vicinum suum, qui viam publicam in fundum suum rejecerit, et per viae rejectae actionem interesse suum consecutus fuerit, an postea viam claudere poterit.* — XLIV. *Viam privatam si quispiam per vicini sui fundum rejecerit, nunquid actione privata agetur.* — XLV. *Viae rejectae in actione quomodo libellus formari debeat.* — XLVI. *Viae rejectae in actione quomodo actor et reus positiones formare debeant.* — XLVII. *Viam munire vel reficere an quilibet teneatur.* — XLVIII. *Clerici ad viarum reparationem an teneantur.* — XLIX. *Gabella pro claustris et curribus, quae pro viae refectione ad portam solvitur, si imponantur: an ecclesia teneatur.* — L. *Civitas vel villa si de novo unum via facere velit, et onus rebus pro viae vel pontium expensa imponere voluerit an etiam ipsis ecclesiis imponi possit.* — LI. *Viae ad refectionem an scholaris, vel qui domum conduxit, teneatur.* — LII. *Emphyteuta seu livellarius an viam publicam ante domum emphyteuticam reficere teneatur.* — LIII. *Usufructuarius an ad viae refectionem teneatur.* — LIV. *Maritus, qui fundum dotalem juxta viam publicam habet, quae refici debet, an ad ipsam refectionem teneatur.* — LV. *In domo aliqua si quispiam gratis habitet, nunquid ad viae refectionem teneatur.* — LVI. *Viam an quis reficere teneatur, si prius domui cedere voluerit, quam juxta viam habeat.* — LVII. *Via publica si destructa non fuerit ex antiquitate vel vasu, sed aliquis ipsam exaravit, seu aliter destruxit, an ipsi vicini teneantur.* — LVIII. *Viam si quispiam destruxerit, et non habeat unde solvat, an vicini ipsam reficere cogantur.* — LIX. *Viam publicam si quispiam reficere voluerit,*

potrò io di mia autorità rompere la chiusura? — XXXI. Se, qualora si chiuda la pubblica via di una contrada, un altro di un'altra contrada, cui poco o nulla interessa di ciò, possa agire affinchè sia distrutto la detta chiusura. — XXXII. Se una pubblica strada appartiene a due comunità, e per essa passino i carri di amendue, a chi de' signori del territorio dovrà esser attribuito? — XXXIII. Se lo statuto comanda, che chi ferisce nella via pubblica sia maggiormente punito, che se altrove avesse misfatto, ed alcuno percosse un altro nella via privata, per la quale si faceva pubblico passaggio, dovrà egli esser punito come se avesse ferito sulla pubblica strada? — XXXIV. Se lo statuto disponga che se alcuno vende un fondo, il vicino od il suo collaterale possa offrire lo stesso prezzo e vendicare dal compratore il fondo venduto; ed alcuno vende il suo fondo, ed il vicino che ha un altro fondo propinquo, ma nondimeno al di là della pubblica via frapposta, voglia in virtù del predetto statuto offrire il prezzo, lo potrà egli forse? — XXXV. Federigo imperatore fece una certa legge greca, che si chiama gius di *prothomisios*. — XXXVI. Se vi è una via comune alle fonti dei campi o dei castelli, a quale giurisdizione si presumeranno appartenere i fondi? — XXXVII. Se qualora alcuno abbia legato o venduto un fondo od una casa, sembri concesso che debba avere la strada pel fondo legato o venduto; e così pure, qualora due fratelli o socii dividono un loro fondo, se nel dubbio sembri pattuito, che uno debba avere la strada per la porzione dell'altro. — XXXVIII. Se la pubblica strada è innondata dalle acque od altrimenti distrutta, si può forse passare pel fondo del vicino? — XXXIX. Se taluno avrà respinta la pubblica strada nel campo del vicino, quegli, pel cui fondo essa è formata, potrà forse agire contro di lui? — XL. Quale azione competa per la via rigettata, e quali cose sieno necessarie perchè possa competere. — XLI. Per che oggetto si dica competere l'azione della strada rigettata. — XLII. Che di diritto, se si agisce affinchè sia rimossa la strada rifiutata? — XLIII. Se taluno avrà agito contro il suo vicino, il quale rigettò sul suo fondo la pubblica via, ed avrà conseguito risarcimento mediante l'azione sopraddetta, potrà egli poscia chiudere la nuova strada? — XLIV. Se alcuno avrà rigettata la strada privata sul fondo del suo vicino, si potrà forse agire coll'azione predetta? — XLV. In qual modo si debba formare il libello per l'azione della via rigettata. — XLVI. In qual modo l'attore ed il reo debbano formare le posizioni nell'azione della via rigettata. — XLVII. Se ciascuno sia tenuto a ristaurare od assicurare la strada. — XLVIII. Se i chierici siano obbligati a ristaurare la strada. — XLIX. Se vien imposta una gabella pel carri e le vetture da pagarsi alle porte per la riparazione della strada, vi è sottoposta anche la Chiesa. — L. Se una città o villaggio volesse fabbricare una nuova strada, ed imponesse un peso alle cose per la spesa occorrente, potrà questo peso imporsi anche alle Chiese? — LI. Se gli scolari, oppure chi conduce la casa, sieno tenuti a ristaurare la via? — LII. Se l'enfiteuta od il livellario sia obbligato a ristaurare la strada pubblica innanzi la casa enfiteuticaria. — LIII. Se l'usufruttuario sia tenuto a ristaurare la strada. — LIV. Se il marito che ha il fondo dotale presso la via pubblica da restaurarsi, sia obbligato a tale ristauramento. — LV. Se alcuno abita gratuitamente una casa, è forse obbligato alla riparazione della strada? — LVI. Se sia tenuto a ristaurare la strada colui, che anzichè far ciò, vuol cedere la casa, che ha presso la detta strada. — LVII. Se la strada pubblica non è distrutta per sua vecchiezza, ma per opera di alcuno che la sconvolse con l'aratro, od altrimenti la distrusse, i vicini saranno forse obbligati a ristaurarla? — LVIII. Se alcuno ha distrutta la strada, e non può in alcun modo pagarne il danno, i vicini saranno forse costretti a ristaurarla? — LIX. Se qualcuno vuol ristaurare la pubblica stra-

Digitized by Google

an possit, et quomodo. — LX. *Statuta de refectione viae loquentia, an purgationem comprehendant, et quis purgare dicatur, et quomodo etiam libramentum capiatur.* — LXI. *Viam publicam qui purgare tenetur quid facere debeat.* — LXII. *Viam publicam si quispiam reficere voluerit, et alio impediatur, qua actione in impedientem agetur.* — LXIII. *Interdictum via publica ad hoc, ut contra impedientem reficere competat, quae necessaria sint.* — LXIV. *In interdicto de via publica, quomodo libellus formari debeat.* — LXV. *In interdicto de via publica, quomodo actoris et rei positiones formari debeant.* — LXVI. *Via in publica si quispiam aliquid ponat, vel aedificet vel immittat eo casa, quo non potest: quo jure contra ipsum agetur.* — LXVII. *Interdictum de via publica sive sit unum, sive duo, quae necessaria sint ac hoc, ut ista interdicta dentur.* — LXVIII. *Via qualiter publica, vel privata, aut vicinalis dicatur.* — LXIX. *Libellus in interdicto, quando quis aedificabit in viam publicam, vel aliquid immisu, aut aedificare vel immittere velit, quomodo formabitur.* LXX. *Positiones actoris et rei in tali interdicto qua forma formari debeant.* — LXXI. *Via publica ire, et agere, et plaustrum ducere, cum regulariter concessum sit, si quis ab aliquo, qui prohibere non potest, impediatur, quo remedio ei succurretur.* — LXXII. *Libellus in interdicto, ut liceat ire, agere, etc. quomodo formare debeat.* — LXXIII. *Positiones in interdicto, ut liceat etc. quomodo formari debeant.* — LXXIV. *Pedagia qui colligent ab his qui per viam publicam vadunt, an de jure possint prohiberi exigere, et colligere.* — LXXV. *Via de publica in actione, an procurator constitui possit.* — LXXVI. *Actione de via publica, an fidejussor accedere possit.* — LXXVII. *Libellus quomodo super via privata formari debeat, quando dicitur, quod viae servitus debetur.*

da, il può forse ed in qual modo? — LX. Se gli statuti che parlano della ristaurazione, comprendano il purgamento; e che si dica purgare, ed in qual modo eziandio si faccia l'adequazione. — LXI. Che far debba colui, ch' è obbligato a purgare la strada pubblica. — LXII. Se alcuno vuole riparare la strada pubblica, e ne viene impedito da un altro, con quale azione agirà contro questi? — LXIII. Quali cose sieno necessarie, affinchè l' interdetto della pubblica strada competa contro chi impedisce. — LXIV. In qual modo si debba formare il libello nell' interdetto della strada pubblica. — LXV. In qual modo si debbano formare le posizioni dell'attore e del reo in questo interdetto. — LXVI. Se taluno pone alcunchè nella pubblica strada, o vi fabbrica sopra, o vi immette qualche cosa quando nol può, in quale modo si potrà agire contro di lui? — LXVII. Che cosa sia necessario, onde l' interdetto o gli interdetti della via pubblica vengano dati? — LXVIII. Quale si dica essere via pubblica, o privata, o di vicinato. — LXIX. In qual modo si formerà il libello nell' interdetto che compete allorchè alcuno fabbrica nella pubblica via, o v' immette qualche cosa, oppure vuol fabbricare od immettere? — LXX. In qual modo si debbano formare le posizioni dell'attore e del reo in tale interdetto. — LXXI. Se fu concesso regolarmente di passare, condurre e tradur carri nella via pubblica, ed alcuno viene impedito di far ciò da un altro, che non ha diritto di proibirglielo, con quale rimedio verrà questi soccorso? — LXXII. In qual modo debba esser formato il libello nell' interdetto, che sia permesso di passare, condurre ecc. — LXXIII. In qual modo debbano esser fatte le posizioni nello stesso interdetto. — LXXIV. Se possa esser proibito di esigere e raccogliere i pedaggi da quelli che passano per la via pubblica, a coloro che a tal uopo son deputati. — LXXV. Se si possa costituire un procuratore per l' azione della strada pubblica. — LXXVI. Se possa intervenire un fidejussore nella detta azione. — LXXVII. Come debba esser formato il libello sopra la via privata, e quando si dica che la servitù di strada è dovuta.

I. *Via est tertia servitus rustica: quae sic diffinitur. Via est jus eundi, agendi et ambulandi* (1), *quae verba declara* (2), *et iter et actum via in se continet, ut dicitur in dictis juribus. Et licet sint tres servitutes diversae separatae, tamen via continet in se iter et actum cum commoditate, quod declara* (3).

I. La terza servitù rustica è la strada, la quale vien così definita: strada è il diritto di passare, condurre e passeggiare; ed in sè comprende la condotta ed il passaggio, come prima fu detto. E sebbene sieno tre servitù fra loro diverse e separate, nondimeno la strada contiene in sè il passaggio e la condotta con la comodità; locchè spiega come nel capo precedente.

II. *Et ex hoc videtur inferri, quod nihil plus inveniatur in via, quam in actu, et sic nulla sit inter istas servitutes differentia. Tu tamen dicas contrarium, videlicet quod ipso sunt aliquae differen-*

II. Da ciò sembra potersi inferire, che niente di più si trovi nella strada che nella condotta, e però che non vi sia alcuna differenza fra queste servitù. Tu nondimeno dirai il contrario, cioè che anzi vi sono al-

Digitized by Google

designata per partes, tunc tamquam incerta non est in actu (1).

III. *Pro plena declaratione autem hujus materiae, quia vidimus quid sit via, quaero primo quid sit strata, et dic quod est via matonata lapidibus vivis vel coctis* (2); *hoc not. Bart. qui dicit, quod in civitate Perusii appellatur via regalis vel consularis, et sic differentia inter viam et stratam* (3), *et ibi hoc etiam not. Bart. qui dicit istud esse utile ad statutum dicens, quod committens maleficium in strata poena dupli puniatur. Nam si accusator dicit maleficium esse commissum ei in via, non concludit poenam debere duplicari* (4).

IV. *Quaero secundo, quae sit viae latitudo, quando servitus viae promissa est? dic quod aut constituens servitutem designavit ejus latitudinem: et illa erit, et poterit constituere, quod sit latior 8 pedibus, et angustior, dummodo eam latitudinem habeat, qua vehiculum ire possit: alioquin iter erit, non via* (5). *Aut nulla latitudo per constituentem servitutem designata est: et tunc* per l. *designatur, quoniam viae latitudo ex l. 12 tab. in porrectum, id est, directum 8 pedes habet, in anfractum, id est, ubi flexum est in angulis 16* (6).

V. *Pes vero est mensura, secundum Isidorum, quae debet intelligi in dubio spacio quinque digitorum, ut est gloss. not. in 17 quaestio. 3 sicut antiquitus.* et not. Bald. (7), *et ibi per Doct. et Alber. de Ros.* (8) *et Salicet.* (9), et dixi in l. 3 in princ. ff. de interdict. *ubi posui de multis generibus mensurarum et ponderum*, et ibi dixi, *quod digitus est minima pars agrestium mensurarum, et quod unica habeat tres digitos* (10).

VI. *Quaero tertio, quae sit aut esse debeat latitudo viae vel stratae, in qua servitus non debetur? dic aut est via privata unius; quod potest esse* (11) *et ista*

bilita nella condotta, allora come incerta non vi è compresa (*a*).

III. A completa spiegazione di questa materia, dacchè vedemmo che cosa sia la *via*, dimando adesso che sia propriamente la *strada*. Rispondi, che è una via lastricata di pietre vive o cotte; ciò che nota anche Bartolo, il quale dice che a Perugia si appella anche via regale o consolare, e così v' ha differenza fra *via* e *strada*. Dice poi ancora lo stesso Bartolo, che questa differenza è giovevole rispetto allo statuto, che dispone, che chi commette un misfatto in istrada sia punito nel doppio; imperocchè, se l' accusatore dice che il crimine contro di lui perpetrato fu eseguito nella via, in tal caso la pena non può raddoppiarsi (*b*).

IV. Chieggo in secondo luogo, qual sia la larghezza della via, quando la servitù relativa fu promessa? Rispondi, che, o colui che costituì la servitù, determinò la sua larghezza, e sarà quella; e potrà stabilire che sia di 8 piedi o più angusta, purchè per essa possa passare un carro; altrimenti sarà un passaggio, non una via. O nessuna larghezza fu determinata dal costituente, ed allora viene stabilita dalla legge, perchè secondo la legge delle 12 tavole, la larghezza della via per diritto è di 8 piedi, per traverso, cioè negli angoli, di 16.

V. Il piede poi è una misura, secondo Isidoro, che nel dubbio si deve intendere dello spazio di 5 dita, come dicono la glossa, e Baldo, ed Alberico da Rosate, e Saliceto ed i Dottori; e come dissi ancor io sopra la legge 3 *in princ. ff. de interd.*, ove parlai di molte specie di misure e di pesi, e mostrai che il dito è la minima parte delle misure rustiche, e che ve n' ha anche di 3 dita (*c*).

VI. Dimando in terzo luogo, qual sia o debba essere la larghezza della via o strada, nella quale non è dovuta servitù? Rispondi: od è strada privata di un cotale, lo che può essere, e la sua larghezza dipende,

Digitized by Google

erit pro voluntate domini: quia in re sua quilibet est moderator et arbiter (1), *aut est publica: et tunc debet esse secundum consuetudinem vel statuta loci* (2), *aut nulla apparet consuetudo, et tunc aut dominus civitatis, vel populus, vel eam regentes volunt statuere latitudinem viarum, et possunt* (3), *alias in dubio standum est determinationi actoris* (4). *Et adde praedictis, quod licet pertineat ad decorem civitatis, ut viae et stratae sint latiores et amplae: tamen quandoque deterius est* (5); *hoc vult Bart. et subdit, quod ipse vidit in civitate Caly, cum ibi essent multae viae amplae, imposita fuit necessitas omnibus circum habitantibus occupandi, et restringendi eas. Ratio, quia quando transitus erat in civitate propter nimiam latitudinem, civitas reddebatur debilior ad defendendum eam, et propterea dico, quod civitas Januae reputatur fortior ex eo: quod habet vias et stratas valde strictas.*

VII. *Quaero quarto, quando dicatur una servitus, vel plures, et quomodo cognoscatur? hoc ordinarie examinatur plene* (6). *Tu autem in hoc sic distingue, per tres casus principales, quandoque debetur servitus ab uno uni, quandoque ab uno pluribus, quandoque a pluribus uni. Primo casu, quando debetur servitus ab uno fundo uni alteri tantum fundo, tunc subdistingue: aut isti fundi remanent diversi indivisi, et non habet dubium, quod sit unica servitus active et passive, ut patebit ex his quae ibi dicentur: aut fundus debens servitutem, est divisus per dominum, et tunc ubi prius erat una tantum servitus viae, tunc erunt duae* (7), *licet in contrarium facit,* d. l. una est via ff. de serv. rust. praed., *cujus intelligentiam dicam in tertio casu principali. Aut fundus ille, cui servitus debetur, dividitur in duas, puta regiones: vel quia dominus vendit unam eius partem: et idem, quia*

rà dal volere del proprietario, perchè nella cosa propria ciascuno è moderatore ed arbitro; od è pubblica, ed allora deve esser larga giusta consuetudine o statuto del luogo; o non apparisce alcuna consuetudine, ed allora, o il signore della città, od il popolo, o chi lo regge, vogliono determinare la larghezza delle vie, ed il possono; o nol vogliono, e vi è dubbio, ed in tal caso si starà alla determinazione dell' attore. Ed aggiungi alle predette cose, che sebbene appartenga al decoro della città, che le vie e strade sieno larghe ed ampie, nondimeno talvolta ciò riesce dannoso; lo che è ammesso anche da Bartolo, il quale soggiunge, che egli stesso vide nella città di Cagli, come essendo ivi le strade molto ampie, fu imposto di necessità a tutti i circostanti proprietarii di occuparle e restringerle. E la cagione fu questa: che quando il transito in città era molto libero per soverchia larghezza, la città si mostrava più debile alla difesa, e però dico, che la città di Genova si reputa più forte, appunto perchè ha le vie e strade molto ristrette (*d*).

VII. Dimando in quarto luogo, quando si dica ch' è una servitù, oppure più servitù, ed in qual modo ciò si conosca? Questo punto è trattato pienamente da' testi e dalla glossa. Tu poi distingui sovr' esso tre casi principali, cioè: talora la servitù è dovuta da uno ad un altro, talora da uno a più, talora da più ad un solo. Nel primo caso, quando la servitù è dovuta da un fondo ad un altro fondo soltanto, suddistingui. O questi fondi restano differenti indivisi, e non v' è dubbio ch' è una sola servitù attivamente e passivamente, come risulterà da quelle cose che si diranno; od il fondo obbligato a servitù è diviso dal padrone, ed allora dove prima era una sola servitù di strada, adesso ve ne son due; locchè è confermato da' testi, benchè sembri contrariato dalla legge *una est via ff. de serv. rust. praed.*, della quale io spiegherò il senso nel 3.° caso principale. Od il fondo cui è dovuta la servitù si divide in due

Digitized by Google

potest quaeri qui prius unam, nunc autem plures servitutes debet, quia in alio relevatur. Nam ante divisionem vel conditionem partis, etiam per unam partem servitus retinebatur (1), *quod non est post divisionem vel venditionem partis fundi dominantis: quod non utendo parte una divisa vel alia, ultimo tempore illa amittitur: nec per aliam partem qua usus est, servitus retinetur, ex quo sunt effectae plures servitutes viae* (2). *Secundo casu principali, quando debetur servitus ab uno pluribus, tunc subdistingue: Aut hi plures diviserunt omnem fundum dominantem, aut non diviserunt: si non una est servitus, cum uni tantum praedio, et ab una tantum debita sit* (3), *et licet fundus dominantis sit plurium dominorum, tamen ex quo est indivisus, dicetur unus, et non plures: et magis consideratur conditio fundi, qui unicus est, quam pluralitas dominorum: quia servitus non debetur personis dominorum, sed ipsi fundo* (4). *Si vero diviserunt fundum dominantem, tunc illa servitus quae erat prius una ab initio, spargitur in duas* (5), *et ita gloss. mag. circa princ. quae subdit, quod dominus praedii servientis non poterit de hoc conqueri, quia in alio relevatur* (6), *nam ante divisionem etiam per unum socium servitus retinebatur* (7), *sed post divisionem non retinetur, sed unusquisque sibi usurpat et deperdit, et hoc vult etiam gloss.* (8); *et idem multo magis dicendum est, quando debetur servitus ab uno fundo pluribus ab initio divisis tempore constitutae servitutis* (9). *et idem quando fundi dominantes erant divisi, et ejusdem domini, eadem ratione.*

VIII. *Ex quo not. quod ad pluralitatem fundorum dominantium plures resultent servitutes, etiam si unus tantum fundus pluribus serviat* (10). *Tertio casu principali, quando debetur servitus a pluribus uni, tunc etiam subdistingue: Aut plures domini fundi servientis non diviserunt omnem fundum servientem, et sic una tan-*

mentarsi chi prima ne aveva una sola da soffrire ed ora ne ha due, perchè viene sollevato in altra parte. Imperocchè prima della divisione o vendita della parte, la servitù si conservava anche in parte, lo che non avviene dopo la divisione o vendita della parte del fondo dominante, perchè non usando di una parte divisa o di un' altra, infine si perde; nè la servitù si conserva mediante l' altra parte della quale fu usato, dacchè sono diventate più servitù. Nel secondo caso principale, quando la servitù è dovuta da uno a più, allora suddistingui. O questi parecchi divisero tutto il fondo dominante, o non lo divisero; se non lo divisero, la servitù è una sola, mentre è dovuta ad un fondo soltanto e da uno soltanto; e sebbene il fondo dominante sia di più padroni, nondimeno, poichè è indiviso, si dirà uno e non più: e maggiormente si considera la condizione del fondo, ch' è unico, che la pluralità dei padroni, dacchè la servitù non è dovuta alle persone dei proprietarii, ma allo stesso fondo. Se poi divisero il fondo dominante, allora quella servitù che da principio era una, si partisce in due; giusta l' opinione della glossa, la quale soggiunge, che il padrone del fondo serviente non potrà di ciò lamentarsi, perchè è sollevato in altra parte. Ed invero, avanti la divisione, la servitù si conservava anche mediante un socio; ma dopo la divisione non si conserva, essendochè ciascuno acquisti e perda; e lo stesso a maggior ragione si deve dire, quando la servitù è dovuta da un fondo a parecchi, ch' erano divisi al tempo della servitù costituita; e lo stesso pure allorchè i fondi dominanti erano divisi ed appartenenti al medesimo padrone, per lo stesso motivo.

VIII. Dal che si ricava il notabile, che dalla pluralità dei fondi dominanti risultano più servitù, anche se un solo fondo serva a parecchi. — Nel terzo caso principale, quando la servitù è dovuta da più ad uno, allora eziandio suddistingui. O i padroni del fondo serviente non lo divisero, ed allora sarà una servitù sola. O lo divisero, ed allora o

Digitized by Google

out diviserunt per longitudinem, aut per latitudinem (1). *Per longitudinem, quando totius longitudinis viae unusquisque dominorum fundi servientis partem habet a principio usque ad finem, ita quod veniat usque ad fundum dominantis: per latitudinem, tunc dicitur fieri divisio, quando unus solus viam solidam habet passive, usq. ad certum terminum aequaliter vel inaequaliter positum, et alter ab eo usque ad finem, ita quod per unum tantum ex eis sic divisis, immediate pervenitur ad fundum dominantis, et istud teneas: licet gloss.* (2) *pondt etiam aliam opinionem, quae in effectu est eadem, sed non ita clara. Primo casu, quando plures domini ejusdem fundi servientis diviserunt fundum servientem per longitudinem, et tunc subdistingue, quia aut servitus debebatur ab illo fundo communi nunc diviso, et certa et determinata parte illius fundi, aut indeterminata, ita quod per quamlibet partem fundi ire possit, et eam partem vertere: quia actum sit, ut possit ire, modo per unam partem, modo per aliam, si servitus debebatur in certa determinata parte fundi? Tunc dic secundum glovs.* (3). *Quod si tantum spatii est in cujuslibet praedio, quod sufficiat ad viam, et erunt duae servitutes, perinde ac si in duobus fundis constitutae essent ab initio. Aut non est tantum spatii, et tunc una tantum servitus remanebit. Sed mihi videtur, quod non sit bene dictum, quando tantum spatii relinquitur in cujus libet praedio, quod sufficiat ad viam: nam tunc non possunt esse duae servitutes viae, sed una tantum: quia si servitus est constituta in certa determinata parte fundi communis duorum et plurium, et postea dividitur ille fundus: si illa pars in qua est constituta servitus, remanet in una parte fundi assignata uni ex dominis, illa pars fundi sola debet servitutem, et caeterae partes debent esse liberae, cum per illas partes fundi, etiam dum esset communis, non posset ire, quia liberae erant* (4). *Aut servitus debebatur fundo communi ita ut*

Per lunghezza, quando ciascuno dei padroni del fondo serviente ha una parte della strada in tutta la sua longitudine, dal principio al fine, così che arrivi sino al fondo dominante. Per larghezza si dice esser fatta divisione, allorquando uno solo ha la strada solida passivamente sino ad un certo termine posto egualmente od inegualmente, ed un altro da esso sino al fine, così che giunga sino al fondo dominante; e questo rammemora, benchè la glossa adduca un' altra ragione, la quale in sostanza è la stessa, ma non però così chiara. Nel primo caso, quando parecchi padroni dello stesso fondo serviente divisero questo per lunghezza, ed allora suddistingui; perchè, o la servitù era dovuta da quel fondo comune ora diviso, e da una certa e determinata parte di esso, o da una indeterminata, così che si potesse passare per qualsivoglia parte del fondo e questa mutare; essendo stato stabilito, che si possa passare sia per una parte, sia per l'altra. Ora dimando che sia di diritto se la servitù era dovuta in una certa e determinata parte del fondo? Rispondi secondo la glossa. Che se in ciascheduno de' fondi v' ha tanto spazio che basti per la strada, ed allora saranno due servitù, come se fossero state costituite su due fondi sino da principio. Ma se non vi ha tanto spazio, ed allora resterà una sola servitù. Però a me sembra che non sia ben detto: *quando sia lasciato in ciascuno dei fondi tanto spazio, che basti alla strada*; imperocchè allora non possono essere due servitù di strada, ma una soltanto, ed invero se la servitù è stabilita in una certa determinata parte del fondo comune di due o più, e poscia quel fondo venga diviso; e se quella parte sulla quale è imposta la servitù rimane assegnata ad uno dei padroni, essa sola deve servire, e le altre parti devono restar libere, mentre per queste, anche quando il fondo era comune, non si poteva passare perchè erano libere. O la servitù era dovuta ad un fondo comune, così che si avesse la strada per qualunque parte di esso; ed allora, non fatta la divisione, passando per una parte, la servitù si

Digitized by Google

pio duae servitutes essent constitutae. Ideoque potest altera amitti tempore, altera usurpari: nec lugeat rusticus cui servitus debebatur, quod facto dominorum fundi servientis conditio sua sit facta deterior; cum prius, id est, ante divisionem, una parte utendo, totius fundi retinet servitutem; quia hoc ei commodum devenit, ut duas nunc habeat vias, et earum commoditatem (1). *Secundo casu, quando plures domini ejusdem fundi servientis diviserunt ipsum per latitudinem: et tunc remanet una tantum servitus: sicut si a principio constituta esset servitus uni fundo per plures fundos continuos, ita ut unus tantum eorum sit contiguus dominanti, et alii sint ad invicem contigui* (2). *Nam hoc casu una tantum esset servitus, quae debetur uni fundo, licet per plures fundos eodem modo, ut dictum est, debeatur, et iste est casus quem ita intelligo* (3), *et hoc intelligo sive servitus sit constituta in his duobus casibus proximis, in una certa parte, sive in indeterminata, ita quod possit variari. Et ratio diversitatis, quare quando sit divisio per latitudinem, est una tantum via: et quando sit per longitudinem, sunt plures, est, quia quando per latitudinem sit divisio in certa parte, quae proxima esset fundo, cui servitus debebatur, non potest esse servitus nisi esset etiam in sequenti; nam in rusticis praediis medium praedium impedit servitutem* (4), *ideoque cum unum jus sine altero esse non possit, merito in unum corpus et animam creantur. Ubi vero per longitudinem facta est divisio, nullum medium praedium impedit servitutem, et in una parte potest consistere servitus etiam si non sit in altera; ideo duae merito appellari possunt* (5). *Et per hoc habetur clare, quomodo possit cognosci an una tantum sit via, seu servitus viae: an vero duae vel plures, quod bene not, quia est multum utile hoc scire.*

IX. *Utilitas autem hujus investigatio-*

perdere col tempo, e l'altra usurpare; nè si lamenti il colono, al quale la servitù era dovuta, che per fatto dei padroni del fondo serviente la sua condizione sia divenuta peggiore, mentre prima, cioè innanzi la divisione, usando di una parte, ei conserva la servitù di tutto il fondo, e ciò torna a suo vantaggio, avendo ora due strade e la loro comodità. Nel secondo caso, quando più padroni del medesimo fondo serviente divisero lo stesso per larghezza; ed allora rimane una servitù soltanto, come se da principio la servitù fosse stata costituita ad un fondo per più fondi continui, così che uno solo di questi sia contiguo al dominante, e gli altri poi ad esso contigui. Imperocchè in questo caso sarebbe soltanto una servitù dovuta ad un fondo, benchè a favore di più fondi, nello stesso modo come abbiam detto, e questo è il caso che intendo accennato da' testi, e credo che ciò proceda tanto se la servitù sia costituita come nei due prossimi casi, cioè in una parte certa, quanto se in una indeterminata, così che possa essere mutata. E la ragione della diversità è questa: che quando la divisione si fa per larghezza, la strada è una soltanto, e quando si fa per lunghezza, sono più; e che quando la divisione si fa per larghezza in una parte certa, che sarebbe prossima al fondo cui è dovuta la servitù, non può esservi la stessa se non è eziandio nella parte seguente, perchè ne' predii rustici il fondo intermedio impedisce la servitù. E però siccome un diritto non può stare senza l'altro, così meritamente si uniscono in un corpo ed anima. Quando poi la divisione è fatta per lunghezza, nessun fondo intermedio serve d' impedimento alla servitù, e questa può stare in una parte, benchè non esista nell' altra, e perciò a buon dritto si possono chiamare due servitù. Per queste cose chiaramente s' impara in qual modo si possa conoscere se vi sia una sola strada o servitù di strada, oppure se ve ne sieno due o più; locchè dee notarsi, perchè giova molto il saperlo.

IX. Difatti il vantaggio di questa inve-

parte praescribi. Sed si duae sunt, et una non utimur: illam perdimus, et non aliam: et sic una tantum potest praescribi sine altera (1). *Aliquando tamen fallit ista regula, quod per partem tota servitus retineatur: quia in quibusdam jurib. episcopalibus potest praescribi ita, quod non praescribatur in aliis* (2). *Item est utile propter interruptionem: quia si sunt duae viae, interruptio* (a) *facta in una, non extenditur ad aliam. Item potest esse utile, si ex forma statuti deberet solvi certa gabella pro qualibet servitute viae acquisita: quia si essent duae, duplicaretur gabella. Item potest esse alia utilitas, quia si statutum disponit, quod quicunque ierit per fundum alterius cum plaustro, vel curru, debeat pro qualibet vice condemnari in 10 libris. Nam si quis iverit cum plaustro per plura praedia continua per latitudinem primo ex transverso: dicetur tantum semel ivisse, et una tantum poena 10 librarum debet condemnari, quia una tantum est via, quod semper ad hoc consuevi allegare: secus si ivisset per plura praedia, non ex transverso, sed incipiendo a capite eorum sic per longitudinem: quia tunc quot sunt praedia, toties reputatur ivisse, et debet poena multiplicari secundum numerum praediorum, quod singulariter not. et tene menti.*

X. *Quaero quinto, in quo loco dicatur esse caput viae, et finis, et medium, et latera. De capite dic quod dicitur ille locus, per quem in illam viam ingredimur, juxta illud: in capite libri scriptum est de me. Appellat enim caput libri illam partem, per quam ad ipsum librum legendum ingredimur* (3). *Sed si contingeret ut per omnes partes ipsius esset ingressus: tum caput illud et principium deberet dici, quod est versus meridiem: pes vero qui est versus septentrionem, secundum Bart.* in tract. de insula (4), *ubi plene e-*

prescritta in una sola parte soltanto. Ma se sono due, e non usiamo di una, questa perdiamo e non l' altra; e però una soltanto si può prescrivere senza l' altra. Nondimeno questa regola talora fallisce, poichè mediante una parte si conserva tutta la servitù. Difatti rispetto a certi diritti vescovili si può prescrivere in uno così che non si prescriva negli altri. Del pari è utile per l' interruzione, perchè se sono due servitù di strada, l' interruzione fatta in una non si estende all' altra. Del pari può esser utile, qualora per disposizione dello statuto si dovesse pagare qualche gabella per la servitù acquistata della strada, perchè se fossero due, la gabella si raddoppierebbe. Così pure vi può essere un altro vantaggio; che se lo statuto dispone, che chiunque andrà pel fondo altrui con carro o con cocchio, debba essere condannato per ogni volta in 10 lire, e se alcuno passerà col carro per più fondi continui trasversalmente per larghezza, si dirà essere passato una volta soltanto, e dovrà condannarsi ad una sola pena di 10 lire, perchè una sola è la via; lo che sempre ho costumato di allegare a tal uopo. Diversamente, se fosse passato per più predii, non già di traverso, ma cominciando dal capo di essi per lunghezza, perchè allora quanti sono i predii, tante volte si stimerà esser egli passato, e la pena si dovrà moltiplicare secondo il numero dei fondi; lo che nota singolarmente e tieni a memoria (*e*).

X. Dimando in quinto luogo, in qual sito si dica essere il capo della strada ed il fine, in quale il mezzo ed i lati. Circa il capo rispondi, che così si chiama quel luogo pel quale entriamo nella strada, giusta l' adagio: in capo al libro è scritto di me. Imperocchè s' appella capo del libro quella parte per la quale cominciamo a leggerlo. Ma se avvenisse che da tutte parti vi fosse ingresso, allora si dovrebbe dir capo e principio quello ch' è vôlto a mezzogiorno; piede quello che è verso tramontana, secondo Bartolo nel suo trattato *dell'isola*, dove

Digitized by Google

et vide omnino plene per Bald. (1). *Vel etiam dic, quod si est una superior, ibi dicitur caput: pars inferior dicitur pes, et finis, secundum Bart.* (2), *ubi declarat quae dicatur pars superior et inferior. Et praedicta sunt vera, nisi ex consuetudine loquendi et intelligendi aliter intelligeretur* (3), *dic quod ille locus dicitur finis viae, per quem eximus, vel qui est inferior, vel versus septentrionem, vel secundum consuetudinem praedictam. Item dicitur finis viae quando intrat in alium locum, puta plateam vel alium similem* (4) *exitum ad viam aut in urbem aut in flumina publ. aut ad aliam viam militarem habent, etc.; et ibi hoc voluit Bart.* (5) *et ibi etiam Bart.*

XI. *Et ideo dixit Bart.* (6) *quod habuit quaestionem de facto, videlicet juxta plateam destruitur aliquod aedificium authoritate publica, an platea amplietur, et utrum via, quae est juxta illud aedificium destructum, desinat esse, et incipiat esse platea, an remaneat via, sicut erat primo.*

XII. *Et hoc quaeritur propter statuta, quae dicunt, quod in platea poena duplicetur, dicit Bart., quod illa incipit esse platea, nam statim, quando illa via intrat plateam, finitur: et dicit quod ita bis de facto judicavit. Item dicit* (7) *quod ista quaestio fuit Tuderti tempore Papae Benedicti, quando fuit destructa quaedam ecclesia, quae habebatur juxta secundam stratam. De ista ecclesia, facta est platea, commissum fuit maleficium in illa strata: quaerebatur an deberet puniri tanquam commissum in strata, aut tanquam commissum in platea. Et dicit, quod allegavit* (8) *et dicebat per illa jura, quod statim cum strata intrat plateam, finitur, et non appellatur amplius strata, sed confunditur cum platea, et ita etiam occurrit Pisis.*

XIII. *De media via dic, quod, medium viae potest considerari duobus modis. Uno modo per longitudinem viae, et tunc*

che rispondi, che la parte superiore si
ma capo, e la inferiore piede e fine, sec
Bartolo, che ciò spiega. Le predette
sono vere, purchè per la consuetudi
parlare ed intendere non s' intendess
trimenti. Di' poi, che si chiama fine
strada quel luogo, pel quale usciamo, c
inferiore, o volto a settentrione, o sec
la predetta consuetudine. Del pari si a
la fine della strada quel punto in cui q
sbocca in altro luogo, esempigrazia,
piazza od in altro simile, come nel n
nella città, nel fiume pubblico od in
strada militare; e questa è senten
Bartolo.

XI. Il quale dice ch' ebbe la seg
questione di fatto. Di pubblica autorit
ne distrutto certo edificio presso la pi
Si dimanda se questa diventi perciò
ampia, e la strada ch' era presso l' ed
cessj d' esser tale, oppure se la strad
manga com' era per lo innanzi.

XII. E ciò si chiede in riguardo
statuti che dicono, che nella piazza la
si raddoppia. Risponde Bartolo, che q
comincia ad esser piazza, perchè subit
la strada entra nella piazza, finisce; e
giunge che in tal guisa giudicò ben
volte. Così pur dice, che simile ques
sorse in Todi al tempo di papa Benec
allorquando fu distrutta certa chiesa
esisteva presso la seconda strada. Di
chiesa fu fatta piazza, e siccome in q
strada fu commesso un delitto, così si
deva se si dovesse punire come com
in istrada, o come perpetrato in piaz
dice che in virtù dei testi da lui allegat
bito che la strada entra nella piazza,
sce, e non si chiama più strada, ma si
fonde colla piazza; e così anche inter
a Pisa.

XIII. Circa la metà della strada, d
essa può essere in due modi conside
Primamente per la lunghezza della st

Digitized by Google

neam semper, ita quod aequaliter distet tantum ab uno latere viae, quantum ab alio, vel etiam si ducatur una chordula similiter a capite usque ad finem (1). *Alio modo potest considerari medium viae per latitudinem ex transverso viae, et tunc medium dicitur proprie ille punctus, sive linea indivisibilis, quae est in medio per transversum viae, distans tantum ab una extremitate capitis, quantum ab alia extremitate finis, per dicta jura: ut si diceretur a capite usque ad medium agri liceat Titio ire, intelligitur a linea indivisibili, quae est in capite usque ad lineam indivisibilem, quae est in medio, secundum Bart.* (2).

XIV. *Sed pro declaratione praedictorum quaero, quantum spatium occupet caput viae, quantum pes seu finis, quantum medium. Bart. format istum quaestionem* (3), *quod punctus sive linea indivisibilis, quae est in capite, potest dici caput* (4), *eodem modo potest dici pes sive finis, medium autem dicitur ille punctus, sive linea indivisibilis, quae est in medio distans tantum ab una extremitate, quantum ab alia. Et intelligit hoc gloss.* (5) *dum dicit, hoc scilicet esse in medio potest apparere, accepta chordula, et facta cuncto in medio, quod dicit fatis sibi placere, si materia, de qua tractaretur, hanc interpretationem pateretur: ut si dicatur, a capite usque ad medium agri liceat Titio agere, intelligam a linea indivisibili, quae est in capite, usque ad lineam divisibilem, quae est in medio, per dicta jura. Sed saepe sermo non patitur hanc interpretationem. Si enim dicatur, si quis inveniatur per caput plateae cum curru vel vehiculo, do 10 stadia terrae a capite fundi, certe de puncto vel linea indivisibili potest intelligi, per illam enim non potest iri, nec in ea possunt decem stadia terrae esse. Aliter ergo intelligendum est, et ideo dic, quandoque extremi-*

tirandola sempre in guisa, che sia egualmente distante dall' uno e dall' altro lato della stessa strada, oppur anche quella ch'è similmente segnata da una cordicella condotta dal capo sino alla fine della strada. In altro modo il mezzo della via può essere considerato per larghezza a traverso della stessa, ed allora mezzo si dice propriamente quel punto o linea indivisibile che sta nel mezzo attraverso la via e che dista tanto dall' estremità del capo quanto da quella della fine; e ciò in forza de' testi citati. Per guisa chè se si dicesse: sia lecito a Tizio passare dal principio sino alla metà del podere; s' intenderebbe da quella linea indivisibile ch' è nel capo sino alla linea indivisibile che sta nel mezzo, com' è opinione di Bartolo.

XIV. Ma a spiegazione delle predette cose io dimando: quanto spazio occupi il capo della strada, quanto il piede o fine, quanto il mezzo. Bartolo forma questa quistione, e dice, che il punto o linea indivisibile ch'è nel capo, si può dir *capo*; e nello stesso modo può dirsi piede o fine. *Mezzo* poi si chiama quel punto o linea indivisibile ch' è nel mezzo, distante così da una estremità come dall' altra. Ed in questo senso l' intende anche la glossa dicendo, che questo essere in mezzo può apparire qualora si prenda una cordicella, e si faccia un punto nel mezzo. E soggiunge, che ciò le andrebbe a grado, se la materia di cui si trattasse sopportasse così fatta interpretazione. E però se si dicesse: sia concesso a Tizio di passare dal capo sino al mezzo del podere, intenderò da quella linea indivisibile ch' è nel capo, sino a quella linea divisibile ch' è nel mezzo, in forza de' citati testi. Ma spesse volte la dizione non ammette sì fatta interpretazione. Imperocchè se si dice: io do dieci stadii di terra dal principio del fondo, qualora si trovi alcuno con carro o vettura in capo alla piazza, certamente non può intendersi di punto o linea indivisibile, essendochè per essa non si può passare, nè in essa possono esser compresi dieci stadi di

Digitized by Google

Quandoque extremitates non sunt distinctae: et tunc dic, quod totus ille locus debet dividi in tres partes: una dicitur caput, secunda dicitur medium, tertia dicitur finis. Quandoque tamen contingit, quod locus de quo agitur, habet multas distinctas partes, et distinctio accipitur ut totum: ut ecce planum Tyberis est distinctum per praedia multorum: et in statutis dicitur, si aliquid factum fuerit in capite plani Tyberis, vel in medio, aut in fine: tunc enim consideratur per statuta illud planum, ut totum unum integrum: ideo esset facienda divisio in tres partes, ut supra dixi. Et de ista materia, quando dicatur principium, medium, et finis, vide per text. gloss. et Dd. (1), *quae hic non refero brevitatis causa.*

XV. *Quaero sexto, unde debet incipi mensuratio viae? Dic non a porta civitatis, seu municipii, sed a continentibus aedificiis* (2), *et voluit Barthol. et Dd.* (3), *ubi etiam ponunt per quam viam debeat fieri mensuratio* (4).

XVI. *Quaero septimo principaliter, quotuplex est via? Dic quod triplex. Nam quaedam sunt viae publicae, quaedam privatae, quaedam vicinales* (5) *de singulis videamus. Publicas vias dicimus quas Graeci basilicas, nostri autem praetorias, alii consulares vias appellant* (6), *quod via praetoria, consularis et militaris, pro via publ. ponuntur* (7), *et istae viae publ. sunt regalia* (8).

XVII. *Et dicuntur regalia, quae non spectant nisi ad regem vel principem loci, et non ad alium nisi ex regia seu principis concessione seu largitate pertineant* (9), *et propterea viae publicae appellantur viae regales. Viam autem publ. dicimus eam, cujus etiam solum publicum est* (10). *Item dic, quod via publ. dicitur certum solum limitatum, per directum certis finibus latitudinis, et publicatum per principem pro usu publico meandi,*

pio, l'altra si dice piede o fine, e tutto ciò che v' ha fra esse si appella *mezzo*. Alle volte poi le estremità non sono distinte, ed allora di', che tutto quel luogo dev' esser diviso in tre parti, delle quali una si dice *capo*, l' altra *mezzo*, la terza *fine*. Talora nondimeno accade, che il luogo di cui si tratta, abbia molte parti distinte, ed allora queste si pigliano per il tutto; come a cagion d' esempio, il pian di Tevere è diviso in molti fondi distinti, e tuttavia negli statuti si trova: se alcuno avrà fatto qualche cosa in principio di pian di Tevere, o nel mezzo, o nel fine: in questo caso adunque quel piano si considera come un tutto intero, ed allora la divisione si deve fare in tre parti, come ho detto sopra. E circa a tale materia, cioè quando si dica principio, mezzo e fine, vedi la glossa ed i dottori, ch' io qui non cito per amore di brevità (*f*).

XV. Dimando in sesto luogo: da dove deve cominciare la misurazione della strada? Rispondi: non dalla porta della città o municipio, ma dagli edifici contigui, nel che convengono Bartolo ed i dottori, i quali stabiliscono per qual via si debba fare (*g*).

XVI. Dimando principalmente in settimo luogo: di quante specie sia la strada? Rispondi: di tre. Imperocchè alcune sono strade *pubbliche*, alcune *private*, alcune di *vicinato*. Parliamo di ciascheduna. Diciamo noi strade *pubbliche* quelle che i Greci appellano *basiliche*, i nostri pretorie, altri consolari; essendochè la via pretoria, consolare o militare vien posta come pubblica. Queste vie pubbliche poi sono regalie.

XVII. E si dicono *regalie* quelle cose o diritti, che spettano soltanto al re o principe del luogo, e non ad altri, tranne che per concessione o larghezza del detto rege o principe; e perciò si chiamano strade *regali*. Diciamo poi strada *pubblica* quella il cui suolo eziandio è pubblico. Parimenti di', che si chiama strada pubblica un certo terreno circoscritto in linea retta da alcuni confini di larghezza, e dato al pubblico dal principe pel pubblico uso di andare o pas-

Digitized by Google

sint regalia. Item viae vicinales quae in vicis sunt, vel quae in vicos ducunt publicae sunt, quod ita verum est: si non ex collatione privatorum fundorum hoc iter constitutum est ut diet. leg. 2. *Vicinales quae ex agris privatorum collatione factae sunt, quarum memoria non existat, publicarum viarum numero sunt* (1), *et adde quod statim dicam de vicinali.*

XVIII. *Et not. singul. quod ad probandum viam esse publicam; non sufficit probare per testes, quod publice seu vulgo per omnes itum fuerit per longum tempus* (2) *et ita etiam tenet per illum text. excellens D. do. Matthae de Matthesil. de Bononia,* in suis notabilib. notabili (3), *et idem vult ibi Bart. qui dicit per illum text. non sequitur, publice itur per talem locum, ergo via publ. Privatae viae dupliciter accipi possunt, vel hae quae sunt in agris, quibus imposita est servitus, ut agrum alterius ducant: vel hae quae ad agros ducunt: per quas omnibus commeare licet, in quas exitur de via consulari, et sic post illam excipit eumtem via, iter, vel actus ad villam ducens, hae etiam quae post consularem excipiunt euntes ad villas vel alios colonos ducentes, etiam publicae dicuntur, id est, publicam naturam habent* (4). *Puto etiam quod via privata dici debeat illa quae sit per dominium unius fundi, vel plurium, si ex suo fundo eam facit, et de hoc extet memoria* (5). *Item viae vicinales etiam privatae sunt, ut probatur* (6), *dummodo extet memoria, quod sint factae ex agris privatorum collatione* (7), et ibi hoc not. Barthol. *Vicinales vero viae sunt, quae ex agris privatorum collatione factae sunt, hae dupliciter accipi possunt. Nam quaedam sunt viae vicinales, quae publicarum numero sunt: ut illae quae ex agris privatis collatione factae sunt, quarum memoria non existat: vel etiam ubi a publico ejus solum*

camente quali sieno le regalie. Parimente pubbliche si dicono le vie vicinali, che sono nei vicoli, o che conducono ne' vicoli le pubbliche strade. Lo che è vero, fuorchè nel caso che il passaggio fosse stato fatto mediante collazione di fondi privati; e come dicono i testi, le vie *vicinali* che sono formate per collazione de' privati poderi, delle quali non resti memoria, vanno comprese nel novero delle strade pubbliche. Aggiungi poi ciò che dirò subito intorno la via vicinale.

XVIII. È nota singolarmente, che per provare che la strada è pubblica, non basta la prova mediante testimonii, che tutti passarono pubblicamente per lungo tempo; lo che è tenuto da messer Matteo de' Matteselli di Bologna ne' suoi *notabili*, e voluto anche da Bartolo, il quale dice che la strada non diventa pubblica per ciò solo che dal pubblico si passa per certo sito. Le strade *private* poi si possono considerare in due modi, cioè, o quelle che sono poste ne' fondi, ai quali è imposta la servitù che conducano al fondo altrui; o quelle che conducono a' poderi, per le quali ciascuno può passare, e nelle quali si viene dalla via consolare, e per tal modo dopo di essa ricevono chi va per la via, passaggio o condotta adducente alla villa. Quelle ancora che dopo la strada consolare ricevono coloro che vanno alla villa, o che danno passaggio agli altri coloni, si dicono *pubbliche*, cioè che hanno pubblica natura. Io stimo eziandio, che strada *privata* si debba dir quella, ch' è fatta dal padrone d' uno o più fondi, se la forma col suo fondo, e di ciò rimanga memoria. Del pari le strade *vicinali*, sono anche private, purchè resti memoria che furono fatte per collazione di fondi privati; e, come dice Bartolo, strade *vicinali* sono quelle che si fanno mediante collazione de' fondi privati; le quali in doppia guisa si possono pigliare, imperocchè sono le *vicinali* alcune, che si comprendono nel novero delle pubbliche, come quelle che sono fatte per collazione de' fondi privati, delle quali non ri-

Digitized by Google

factae sunt, quarum extat memoria: istae privatae etiam dicuntur (1) *et etiam vulgo consortivae seu consortium appellantur. Et est differentia inter has vias vicinales, et militares publicas. Nam viae militares exeunt ad mare, aut in urbem, aut in flumina publica, aut ad aliam viam militarem exitum habent. Sed viarum vicinalium pars in militares vias, pars sine ullo exitu intermoritur* (2). *Ex praedictis notari potest, qualiter cognoscatur via publica a vicinali privata, et qualiter super hoc debeat capitulari, et probari, et adde quae dicam in tribus sequentibus quaestionibus.*

XIX. *Quaero octavo circa viam publicam, an sit unicuique licitum ire per viam publicam, et ducere currum, vel plaustrum, vel trabem, aut lapides? et dic quod sic* (3), *ubi dicitur, quod loca publica privatorum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis, et non quasi proprio cujusque. Et propterea dixi in quaestion. praeced. viam publicam esse, cujus solum est publicum. Unde quidam advocatus hic male libellavit in quadam causa viae, quae nunc pendet: dixit enim viam illam esse publicam, et proprietatem ad se spectare, quod not. ne erres. Et quod dixi, quod licitum est cuique ire per viam publicam, fallit, quando est prohibitum per dominum viae, puta per principem: quia tunc non liceret. Nam domini terrarum possunt prohibere, ne dum suis, sed etiam forensibus, venire ad loca sua* (4), *secundum Bald. qui ita notat singulariter* (5), *qui subdit, postquam forenses venerunt in territorium alicujus, sunt sicut reliquus populus: et esset contra naturalem aequitatem, et bonum publicum, si expellantur* (6); *et ita etiam tenet dom. Jac. de Alvar. sequente Bald.* (7), *quod perpetuo tenementi.*

XX. *Quaero nono, an jus eundi per*

cune strade vicinali che sono fatte per collazione de' fondi privati, delle quali resta memoria; e volgarmente si appellano consortive, o di consorzio. E vi ha differenza fra queste vie vicinali e le pubbliche militari. Conciossiachè le strade militari sboccano in mare od in città, o ne' fiumi pubblici, od in un' altra via militare. Ma delle vie vicinali parte sboccano nelle strade militari, e parte finiscono senza esito. Per le predette cose si può conoscere in quale modo si distingua la strada pubblica dalla vicinale privata, e qualmente sopra ciò si debba agire e provare. Al che aggiungi quanto dirò nelle tre seguenti questioni (*h*).

XIX. Dimando in ottavo luogo circa la pubblica strada, se sia lecito a chiunque passare per la strada pubblica, e condurre un carro, o vettura, o travi, o pietre? Rispondi che sì, in virtù della legge 1. *ff. ne quid in loc. pub.*, ove è detto, che i luoghi pubblici servono agli usi de' privati, per diritto della città, non già per diritto proprio di ciascheduno. E però io dissi nella precedente questione, che via pubblica è quella, il cui suolo è pubblico. Laonde certo avvocato malamente formò il suo libello in una causa di strada, che ora pende; imperocchè disse, che quella era strada pubblica, e che gli spettava in proprietà; lo che nota, affinchè non abbi ad errare. E la regola da me sopraposta, ch'è lecito a chiunque passare per la pubblica strada, trova eccezione, allorquando ciò è vietato dal padrone della stessa, per esempio, dal principe, perchè allora non sarebbe permesso. Imperocchè i signori delle terre possono proibire non solo ai terrazzani, ma eziandio a' forestieri di venire a' luoghi loro; il che opina anche Baldo, il quale soggiunge: dopochè i forastieri vennero nel territorio altrui, sono come il restante popolo, e sarebbe far onta all' equità naturale ed al bene pubblico se si cacciassero; e questa opinione è seguita anche da messer Jacopo degli Alvarotti, e ciò ricorda perpetuamente (*i*).

XX. In nono luogo dimando, se il diritto di passare per la pubblica strada si possa

quem, propter hoc non tolleremus jus eundi (1), *et ideo dicit ibi gloss. notabilis, quod non potest praescribi via seu jus eundi ad sanctum Jacobum: et si diceremus aliter, multis ire non liceret, et dicit quod hoc est speciale contra regulam* (2). *Vel dicit quod est ideo quia videtur excipere, si alius impedit, quod jus excipiendi non tollitur tempore* (3). *Et subdit ibi gl. notabiliter, quod etiam si per centum annos non itum fuerit, favore publicae utilitatis non praescribitur.*

XXI. *Quaero decimo, cujus sit via publica? Dic, quantum ad usum, est privatorum, non quantum ad proprietatem* (4), *privatorum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis, non proprio cujusque* (5) *facit quod dixi in 8. quaestion. Sed quantum ad alios est dubium: an scilicet sit illius tantum civitatis vel loci in quo est, vel sub cujus territorio existat: an vero sit civitatis Romanae olim, et hodie principis, vel domini illius civitatis, vel loci? Et videtur quod sit illius civitatis vel loci tantum* (6), *jure scilicet civitatis* (7), *et sic praesupponit, quod civitas possit super hoc disponere, et est gloss. de hoc in terminis* (8), *quae dicit, quod quaelibet civitas habet jurisdictionem faciendi viam publicam. In contrarium videtur tantum civitatis Romanae, aut hodie domini aut principis illius civitatis vel loci maxime non recognoscentis superiorem, sicut est dominium Venetiarum: quia si via publica est, ergo non videtur posse spectare ad civitatem: quia bona civitatis alterius, quam Romanae, abusive dicuntur publica: sola enim ea publica sunt quae populi Romani sunt* (9). *Item quia text.* (10) *dicere tacite videtur, quod in dubio per excellentiam intelligatur de civitate Romana* (11) *et ita videtur tenere gloss.* (12). *Sed Bart.* (13) *concordat istas opin. dicens, quod ista non repugnant, nam verum est,*

nessuno fosse passato, non perciò sarebbe tolto il diritto di passarvi; e però la detta glossa pone il notabile, che non può essere prescritta la strada o il diritto di andare a san Jacopo, e che se si dicesse, altrimenti, a molti non sarebbe permesso lo andarvi; e soggiunge che questo è un caso speciale contro la regola. Ovvero dice, che ciò segue, perchè sembra eccepirsi, se un altro impedisce, dacchè il diritto di eccepire non si perima per tempo. E soggiunge in modo notabile, che sebbene per 100 anni nessuno fosse andato per la strada, nondimeno per ragione della pubblica utilità, il diritto non è prescritto (*k*).

XXI. Dimando in decimo luogo: di chi sia la pubblica strada? Rispondi: Quanto all' uso, essa è de' privati, non però quanto alla proprietà; imperocchè le strade servono agli usi de' privati per diritto della città, non già per proprio di ciascun di loro. Vale in proposito ciò che dissi nell' ottava questione. Ma quanto agli altri vi è dubbio, se cioè, essa sia di quella città o luogo soltanto, nel quale o nel cui territorio si trova, oppure se sia della città di Roma un tempo, ed oggidì del principe o del signore di quella città o luogo? Sembra che sia di quella città o luogo soltanto, in cui si trova, e ciò per diritto della città. E la glossa chiaramente presume che la città possa disporre circa ciò; ed in altro luogo dice, ciascuna città ha la giurisdizione di fare la pubblica strada. Al contrario sembra essere della sola città di Roma, oppure oggidì del signore o principe di quella città o luogo, che massimamente non riconosce superiore, com' è la signoria di Venezia: perchè se la via è pubblica, non sembra che possa spettare alla città, essendochè i beni di un' altra città, che non sia la romana, abusivamente si dicono pubblici; ed invero sono pubblici quelli soltanto che sono del popolo romano. Del pari perchè un testo tacitamente sembra dire, che nel dubbio s' intende parlare per eccellenza della città di Roma. Ma Bartolo accorda insieme

Digitized by Google

ad hoc allegata et pro hoc est text. (1), *et spectant ad regem vel principem* (2), *sed quaelibet civitas habet jus in via publica ex permissione civitatis Romanae* (3) *facit quod dicitur de jure civitatis, quod est approbatum regulariter a jure canonico, in quantum non contradicat* (4). *ex quo not: quod quaelibet civitas videtur habere jurisdictionem faciendi viam publicam, et eadem ratione reducendi viam public. in locis privatis* (5) *et ex hoc Barthol.* (6) *dicit, quod fuit de facto de quadam platea, quam commune vendere volebat, et videbatur quod non posset nisi per principem* (7), *datum fuit consilium tale, quod de hoc fieret statutum, scilicet quod vendatur* (8).

XXII. *Sed ut quaestio ista in melius meligatur, subjicio aliam, videlicet an loca publica possint vendi, vel alienari, et per quem, et quomodo? Et videtur primo, quod nullo modo possint alienari, quia non sunt in commercio nostro* (9), *nisi per principem* (10), *vel per regem* (11). *In contrarium videtur* l. 2. in princ. ne quid in loc. publ. (12). *Ego in hoc sic puto esse dicendum: Aut est princeps qui non recognoscit superiorem: et non est dubium, quod per ipsum loca publica alienari possunt* (13). *decretove principum tibi concessum est* (14). *Quod fallit, quando alienantur per metum, puta alicui tyranno potenti* (15). *Secundo fallit quando alienaret aliqua, quorum donator esset in magna diminutione jurisdictionis regni sui, et tunc non posset* (16). *Sed si donaret aliqua, quae non diminuunt jurisdictionem, valeret, et donatio facta a rege praejudicaret successori in regno* (17), *et ita tenet Barthol.* (18). *Aut iste princeps recognoscit superiorem, et istum aequiparo civitati, et idem dicendum est de eo quod dicam de*

Roma, ed oggidì al re o principe, ma ciascuna città altresì ha diritto sopra la pubblica strada per concessione della città di Roma. Giova a quest' uopo ciò che si dice del diritto della città, che è approvato dal gius canonico, in quanto non contraddica. Donde scende il notabile, che ciascuna città sembra avere la giurisdizione di fare la strada pubblica, e per la stessa ragione di costruirla ne' luoghi privati. Ed in questo proposito Bartolo accenna una questione di fatto, avvenuta circa una certa piazza, che il comune voleva vendere, mentre sembrava che ciò non potesse farsi se non dal principe; intorno la quale fu dato il consiglio, che si facesse uno statuto, cioè che si vendesse (*l*).

XXII. Ma perchè tale questione sia meglio intesa, ne addurrò un' altra, cioè, se i luoghi pubblici possano esser venduti od alienati, da chi ed in qual modo? A prima vista sembra che non si possano alienare in alcun modo, perchè non sono nel nostro commercio; tranne che dal principe o dal re. Al contrario apparisce stare la legge 2 *in princ. ff. ne quid in loc. publ.* Intorno ciò io stimo che così sia da dirsi. Od è un principe che non riconosce alcuno sopra di sè, e non v' ha dubbio ch' ei può alienare i luoghi pubblici. La qual regola fallisce allorquando si alienano per timore, per esempio, a qualche potente tiranno. Fallisce ancora, allorchè il principe alienasse alcune cose, il donatore delle quali si trovasse in grande diminuzione di giurisdizione nel suo regno, perchè allora non lo potrebbe. Ma se donasse cose, le quali non diminuiscono la giurisdizione, l'alienazione terrebbe, e la donazione fatta dal re pregiudicherebbe al successore nel regno; e questa è opinione di Bartolo. — O questo principe riconosce un superiore, ed io lo equiparo alla città, dicendo di lui lo stesso che dee

(1) *In c. 1. in princip. in vers. viae public. in tit. quae sunt regalia.*

(2) *Ut dixi supra in 7. quaestion.*

(3) *Ut probatur in d. l. 2. in princ. ff. ne quid in loc. public. ibi, praeterquam. quod l. conjuncta gloss. quae exponit l. municipali probatur in l. prohibere, § plane. ff. quod vi aut clam.*

(4) *Ut 10. dist. si in adiutorium. et in c. sec.*

(9) *Ut l. sed et Celsus. in princ. ff de contrah. empt. et d. §. cum quis.*

(10) *Et voluit gloss. in d § cum quis, et habetur in l. apud Julianum, § fin. ff. de lega. 1.*

(11) *Ut in c. 1. in princ. in tit. quae sunt regalia.*

(12) *Et in d. § plane.*

(13) *Per gloss. in d. § cum quis per d. l. apud*

Digitized by Google

civitate, excepta Romana, aut ergo est civitas quae recognoscit superiorem, et tunc subdistingue: aut sunt bona publica quae sunt in patrimonio civitatis, et non in usu publico, exemplum, sicut sunt molendina Bononiae: et de istis potest civitas disponere pro libito voluntatis, sicut potest quilibet privatus de re sua (1), *et idem dicas de quacunque re quae esset in usu civitatis tantum, puta, si civitas haberet fundum, vel apothecas, quorum redditus venirent in communi: quia possent vendi libere per civitatem. Aut sunt bona quae publico usui sunt destinata, sicut sunt viae publicae, fora, theatrum, campus Martius, et pratum Vallis, et tunc aut vult alienare ista bona simpliciter, non condendo aliquam legem vel statutum: et videtur quod possit, condendo legem, ut supra dixi: ergo videtur quod etiam possit alienando: quia contractus factus ab illo, qui habet potestatem legis condendae, habet vim legis* (2), *volunt Bart.* (3) *et istam opinionem, quod possit civitas sine statuto alienare bona publica, tenet Raph. Com.* (4). *Sed Bart. ibi tenet contrarium, et communiter Dd. et Bald.* (5), *ubi dicit, quod imo aliquando necesse est prius statutum tollere, vel suspendere, antequam perveniatur ad actum contrarium statuto, et hoc videmus continue observari, quando universitas aliquid facere voluit contra formam statutorum: quia imo suspendit statutum, postea facit actum contrarium, de quo vide omnino per Bald.* (6), *et ita feci hoc anno observari in collegio Dd. Paduae, quod perpetuo tene menti: quia est optima cautela ad contraveniendum statutis etiam juratis per illos qui sunt de universitate; per hoc tamen non respondetur ad argument. Raph. dum dicit, quod talis contractus habet vim legis, et sic perinde est, ac si per l. statutum esset, et ista est communis, ego autem teneo opin. Bart.* (7), *ubi vult, quod non sit licitum aliquid in loco*

dirsi intorno quella, eccetto Roma. Pertanto, od è città che riconosce un superiore, ed allora suddistingui: O sono beni pubblici spettanti in patrimonio alla città, e non in uso pubblico, come per esempio sono i mulini a Bologna, e di essi la città può disporre liberamente a sua volontà, come il può ciascun privato circa la cosa sua. Lo stesso dirai di qualunque cosa, che soltanto fosse in uso della città, per esempio, se questa possedesse un fondo od alcune botteghe, i redditi delle quali andassero al comune, perchè le potrebbe vendere liberamente. O sono beni destinati al pubblico uso, come sono le pubbliche strade, le piazze, i teatri, il campo Marzio ed il prato della Valle; ed allora, o la città vuole alienare questi beni semplicemente, non formando alcuna legge o statuto, e sembra che il possa, perchè se lo può formando legge, pare che lo possa coll' alienare, essendochè il contratto fatto da quello che ha potestà di formar leggi, ha forza di legge; e questa opinione, cioè che la città possa alienare i beni pubblici senza statuto, è non solo di Bartolo, ma anche di Raffaele da Como. Ma Bartolo poi altrove tiene l'opposto, e così comunemente i Dottori e Baldo, il quale dice, che anzi talora è necessario torre lo statuto o sospenderlo prima che si venga ad un atto ad esso contrario; e ciò si vede continuamente osservato, allorquando taluna università vuol fare alcunchè di contrario agli statuti, perchè anzi sospende lo statuto, e poi fa l'atto contrario, intorno a che consulta Baldo totalmente. A questo modo feci io giudicare in questo anno nel collegio de' Dottori in Padova, lo che perpetuamente ricorda, perchè è un' ottima cautela per eludere gli statuti anche giurati da quelli che partecipano all' università. Con ciò nondimeno non si risponde all' argomento di Raffaello, là ove dice che siffatto contratto ha forza di legge, e vale così come se per legge in tal guisa fosse decretato, la quale è comune sentenza. Io poi

Digitized by Google

pha. quod contractus qui sit per illum qui habet potestatem legis condendae, habetur pro lege: quia illud procedit, quando contractus sit super res contrahentis, vel quando sit per eum qui potest contrahere, sed res public. de quibus dixi, non sunt civitatis, sed principis, nec civitas habet potestatem contrahendi vel disponendi de eis, quia sibi hoc non est permissum a principe, nisi per viam statuti seu legis (1), *praeterquam quod leg. Aut civitas vult alienare per viam statuti: quia vult facere primo statutum, quod locus publicus efficiatur privatus, et postea ipsum vendere Bart.* (2) *tenet quod possit, ut supra dixi. Dom. Paul. de Castr.* (3) *tenet contrarium, dicens, quod si civitas recognosceret superiorem, non posset hoc facere sine licentia superioris.*

XXIII. *Unde dicit, quod civitas Paduae non posset tale statutum facere, nec alienare sine* (1*) *licentia dominorum Venetiarum, apud quos est omnis administratio* (2*) (4); *ego autem firmiter teneo contrarium, videlicet opin. Barthol.* (5), *quae jura loquuntur non solum de civitate Romana, sed etiam de aliis civitatibus* (6), *et ideo non debemus jura restringere ad civitatem, quae non recognoscit superiorem: quia tunc perinde esset ac si loqueretur de civitate Romana tantum: quod non est dicendum. Et ex praedictis infero aliquas conclusiones. Prima est, quod loca publica unius civitatis, quae sunt in usu publico, ut campus Martius, plateae, et similia, possunt vendi vel alienari per civitatem, in qua sunt, si non recognoscit superiorem: vel per ejus dominum similiter superiorem non recognoscentem. Secunda conclusio, princeps, vel civitas, recognoscens superiorem, potest statuere quod locus publicus efficiatur privatus et vendatur vel ad alium usum deputetur* (7). *Tertia conclusio, per civitatem vel dominum recognoscentem superiorem, non possunt vendi dicta loca publica sine licentia superioris. Quarta con-*

che dice Raffaello, cioè che il contratto che è fatto da quello che ha potestà di formar leggi si considera come legge; perchè questo procede, allorquando il contratto si stipula sopra le cose di chi contrae, ovvero quando è fatto da chi può contrarre; ma le cose pubbliche, delle quali discorro, non sono della città, sì bene del principe, nè la città ha diritto di contrarre o disporre sopra di esse, perchè ciò non le è permesso dal principe, se non mediante lo statuto o la legge. — O la città vuole alienare mediante lo statuto, cioè facendo uno statuto che il luogo pubblico diventi privato per poscia venderlo, e Bartolo opina che possa. Ma messer Paolo di Castro tiene l'opposto, dicendo, che se la città riconosce un superiore, non potrebbe far ciò senza sua licenza.

XXIII. E però soggiunge, che la città di Padova non potrebbe fare tale statuto, nè alienare senza licenza dei signori Veneziani, presso i quali è tutta l'amministrazione (*). Io poi fermamente tengo il contrario, cioè l'opinione di Bartolo, in virtù di alcuni testi, i quali parlano non solo della città di Roma, ma eziandio di altre; e perciò non si devono que' testi restringere alla città che non riconosce superiore, perchè allora sarebbe lo stesso che parlassero della sola città di Roma; lo che non è a dirsi. Dalle ora dette cose traggo alcune conclusioni. Prima: che i luoghi pubblici di una città, che sono in uso pubblico, come il campo Marzio, le piazze e simili, possono esser vendute od alienate dalla città, nella quale esistono, se non riconosce superiore, oppure dal suo signore che similmente non ne riconosce. Seconda conclusione: che il principe o città che riconosce un superiore, può stabilire, che il luogo pubblico si faccia privato e si venda, o sia destinato ad uso diverso. Terza conclusione: che la città od il signore che dipendono da un superiore non possono vendere i detti luoghi senza licenza di questo. Quarta: che la città o signore che ricono-

Digitized by Google

currit civitas; vel dominus cum superiore in alienando bona publica, vel in disponendo aut statuendo de eis, praefertur princeps superior, cujus haec bona sunt (1) *Sexta et ultima conclusio, potest princeps superior, qui non recognoscit superiorem alium, tollere civitati vel domino inferiori potestatem statuendi super rebus publicis. Et est ratio, quia ex quo illa potestas, quam habet civitas disponendi de rebus publicis, leges condendo, procedit alias* (2), *potest per principem revocari: quoniam nedum lex potest revocari per principem, sed etiam privilegium concessum etiam per praedecessorem suum, ac etiam postquam est ab aliis jus quaesitum* (3), *ut singulariter not. Bald. secundum Nic. de Mat.* (4), *ubi omnino de hoc videas. Ad tollendum tamen istud privilegium requiretur clausula* (5), *ex quo tale privilegium est in corpore juris clausum* (6) *quod est not. Potest addi septima conclusio ex praedictis, videlicet quod civitas quae etiam non recognoscit superiorem, potest bona quae sunt in patrimonio suo, non in usu communi, ut sunt molendina Bononiae, alienare, etiam sine authoritate superioris* (7).

XXIV. *Quaero undecimo principaliter, an per viam publicam sit licitum privato ducere aquam simpliciter, vel per conductum ligneum vel lapideum. Et dicas, quod non, nisi licentia principis vel civitatis* (8).

XXV. *Quae duodecimo, an supra viam publicam licitum sit facere pontes seu ponticellos? Et dicas, quod non per privatum* (9), *et ita tenet ibi gloss. et Bart. et probatur* (10). *Sed permissu principis vel civitatis hoc fieri potest, vel quando esset consuetudo in contrarium* (11).

XXVI. *Quaero decimotertio, an via publ. possit per privatum occupari aliquo modo? Dicas regulariter quod non, etiam si hoc nemini sit nocivum* (12), *et ideo non*

(1) *Per c. 1. in princip. quae sint regalia.*
(2) *Ut d. l. 2. in principio. ff. ne quid. in loco publico.*
(3) *Ut l. qui fundos. C. de omni agro desert.*

ne: che se nell' alienare i beni pubblici, o nella disposizione o determinazione degli stessi concorrano la città o il signore ed il suo superiore, viene preferito il principe superiore, al quale i beni appartengono. Sesta ed ultima conclusione: che il principe superiore, che non riconosce alcun altro sopra di sè, può torre alla città o signore inferiore la facoltà di disporre delle cose pubbliche. E la ragione si è questa: che la potestà che ha la città di disporre delle cose pubbliche, siccome procede talvolta dal principe, così può dal principe essere revocata; perchè non solamente la legge può essere revocata dal principe, ma eziandio il privilegio concesso dal suo antecessore, anche dopo che il diritto è stato acquistato da altri, come singolarmente nota Baldo, secondo Nicolò de' Matteselli, presso il quale vedrai pienamente di ciò. Nondimeno per togliere siffatto privilegio sarà necessaria una clausola, per ciò che esso è racchiuso nel corpo del diritto; lo che dee notarsi. Può anche aggiungersi una settima conclusione, cioè, che anche la città che non riconosce superiore, può alienare i beni che sono nel suo patrimonio e non in uso del pubblico, come i mulini in Bologna, senza licenza di superiori (*m*).

XXIV. In undecimo luogo dimando principalmente, se al privato sia lecito condur l' acqua per la pubblica strada semplicemente, oppure mediante una doccia di legno o di pietra? Rispondi che no, senza licenza del principe o della città (*n*).

XXV. Dimando in duodecimo luogo, se sia permesso costruire poggiuoli o cavalcavie sopra la strada pubblica. Rispondi che il privato nol può. Così tengono la glossa e Bartolo. Ma ben lo può col permesso del principe o della città, oppur quando vi fosse consuetudine opposta (*o*).

XXVI. Decimoterzo: dimando, se la strada pubblica può essere occupata da un privato in qualche maniera? Risponderai che di regola no, ancorchè ciò a niuno re-

(8) *In l. servitutes. § publico. ff. de serv. et ibi not. Bart. in l. quo minus, ff. de flum.*
(9) *Ut l. 2. § tractatus. ff. nequid in loc. publ.*
(10) *In l. fin. ff. ne quid in tum. pub.*

Digitized by Google

est licitum facere scalas in via publ. nec etiam primum vel secundum gradum scalae (1), *eodem modo non licet hortulum facere, vel vineam plantare, vel aliquid aliud imponere: nisi per principem aut civitatem, vel consuetudinem hoc permitteretur, quod not. Et praedicta quae dixi in his tribus. quaestionibus proximis de concess. principis vel civitatis, intelligo nisi talis concessio esset cum incommodo vicinorum aut alicujus privati: quia tunc talis concessio non valeret* (2). *Circa quod vide omnino quae plenissime dixi supra de ponticellis* (3).

XXVII. *Quaero decimoquarto, an via publica possit claudi? dic breviter, aut intervenit authoritas principis aut civitatis, aut illius cui rei publicae administratio concessa est ut possit claudere* (4). *Aut non intervenit talis authoritas: et tunc aut talis via habet exitum ad aliam viam public. vel ad urbem, vel ad mare, vel flumina* (5), *tunc sine dubio per privatos claudi non potest* (6), et est text. cum gloss. in l. 1 ff. de loc. et itin. publ. *qui dicit, quod si aliquis viam public. clauserit, cuilibet permittitur agere interdict. ut restituatur in pristinum statum* (7). *Aut talis via non habet exitum: quia per eam forte itur ad certas domos: et tunc videtur quod possit claudi, quia illa via videtur esse vicinalis, et vicinis tantum servit: et sic privatorum vicinorum esse videtur* (8).

XXVIII. *Ex quo potest inferri, si domus vel fundus, qui sunt undique, esset unius tantum, ille solus posset dictam viam claudere, et vidi multos esse in hac opinione. Sed contrarium esse verius, praesupponendo quod sit via publica, vel vicinalis, ita tamen, quod non extet memoria, quod sit facta ex collatione fundorum vicinorum: quia talis via videtur publica, licet appelletur vicinalis: ex eo quia principaliter vicinis deservit* (9). *Unde cum sit via publica, et in usu publico, et publice omnibus pateat, claudi non*

casse danno, e però non è lecito costruire scale nella pubblica strada, e neppure il primo o secondo gradino della scala. Nello stesso modo non è permesso fare un orticello, o piantare una vigna, od imporre checchessia altro, qualora ciò non fosse consentito dal principe, dalla città, o dalla consuetudine, lo che dee notarsi. E le cose che ho dette nelle tre prossime questioni circa la concessione del principe o della città intendo procedere, purchè quella concessione non arrecasse incommodo ai vicini o ad alcun privato, poichè allora essa non valerebbe. Intorno a che vedi ciò che dissi più sopra circa i poggiuoli (*p*).

XXVII. Decimoquarto: dimando se la pubblica strada possa venir chiusa? Rispondi brevemente. O vi entra l'autorità del principe o della città, o di colui cui fu affidata l'amministrazione della cosa pubblica, ed allora si potrà chiudere. O tale autorità non ci entra, ed allora, quella strada ha lo sbocco in un'altra strada pubblica, o nel mare o in un fiume, ed in tal caso senza dubbio non si può chiudere da' privati, e ciò pel testo della legge 2 *ff. de loc. et itin. publ.*, il quale dice, che se alcuno avrà chiusa la pubblica strada, sarà permesso a chiunque di agire coll'interdetto, affinchè sia restituita nel suo primiero stato. O tale strada non ha sbocco, essendochè per avventura si va per essa a certe case, ed allora sembra che possa chiudersi, perchè apparisce essere vicinale, dacchè serve a' vicini soltanto, e così sembra essere di vicini privati.

XXVIII. Dal che si può indurre, che se la casa od i fondi, che sono d'ogni parte della strada, appartenessero ad un solo, questi soltanto potrebbe chiudere la detta strada; e molti io vidi concorrere in tale opinione. Ma la opinione contraria sembra più vera, supponendo che la strada sia pubblica, o vicinale, così però che non resti memoria che sia fatta per collazione dei fondi vicini, perchè tale strada sembra pubblica, benchè si appelli vicinale, per ciò che serve principalmente ai vicini. Laonde, essendo strada pubblica, in uso pubblico, ed aperta a tutti pubblicamente, non si può chiudere. E que-

Digitized by Google

potest (1), *qui subdit, quod quis potest dicere hanc viam non esse publicam, cum exitum non habeat: non enim haec attendimus, sed hoc tantum an solum sit publicum* (2). *Nec obstat, quod dicatur vicinalis vel consortiva: quia non ex eo, quod sit vicinorum vel consortium titul. proprietatis, sed eo, quia principaliter deservit vicinis et consortibus: tamen in usu publico non minus est, nisi probetur quod extet memoria, quod sit facta ex collatione fundorum, quia tunc esset privata eorum, et per eos posset claudi, et non aliter* (3), *quod perpetuo tenementi, quia saepe de facto contingit.*

XXIX. *Quaero decimoquinto, quid si aliquis claudit vel taliter impedit, quod per eam iri non possit, an possit agi contra claudentem vel impedientem? Dic quod sic* (4), *quod possum agere actione injuriarum vel negatoria. Bald. ibi tenet contrarium, quod quis non prosequitur interesse pecuniarium, vel patrimoniale pro quo dantur: et ideo dicit competere duntaxat judicis officium* (5). *Ego plus dico, quod si aliquis clauderet viam publicam, cuilibet permittitur agere interdicto, ut restituatur in pristinum statum* (6). *Quod tamen intellige, nisi esset clausa authoritate principis, vel ejus qui haberet potestatem alienandi* (7).

XXX. *Quaero decimosexto, aliquis clausit viam nunquid possum propria authoritate clausuram frangere? dic, aut loquimur de via privata, quae aut est clausa per dominum viae, aut per alium. Si est clausa per dominum viae, nullus potest eam clausuram rumpere, quia in nostro licitum pro libito facere* (8), *nisi illa via jure servitutis esset alteri obligata: et quia quando aliquis aedificat etiam contra debitam servitutem, dummodo non aedificat in aliena, sed in suo tantum*

sta è sentenza di Angelo, il quale soggiunge, che chiunque può dire che questa strada non è pubblica, mentre non ha sbocco. Ma a queste cose non si deve por mente, si soltanto se il suolo sia pubblico. Ned osta, che si chiami vicinale o consortiva, non già perchè sia de' vicini o di un consorzio a titolo di proprietà, ma perchè principalmente serve a' vicini consorti. Imperciocchè non per questo è meno in uso pubblico, purchè non si provi che resta memoria ch' essa fu fatta per collazione di fondi, dacchè allora sarebbe privata dei padroni di questi, e da essi potrebbe esser chiusa, e non altrimenti; lo che ricorda perpetuamente, perchè ciò in fatto avviene di spesso (*q*).

XXIX. Decimoquinto, dimando: che di diritto, se alcuno chiude la strada, od altrimenti impedisce che per essa si possa andare. Si potrà agire contro chi chiude od impedisce? Rispondi, che sì, cioè ch' io posso agire coll' azione d'ingiurie, o colla negatoria. Baldo tiene l' opposto, essendochè nessuno in tal caso agisca per vantaggio di danaro o del patrimonio, per le quali cause quelle azioni si danno; e però dice essere competente soltanto l' ufficio del giudice. Io dico di più, che se alcuno chiudesse la pubblica strada, a chiunque sarebbe permesso agire coll' interdetto onde fosse rimessa nel pristino stato. Lo che nondimeno intendi procedere, qualora non fosse chiusa per comando del principe o di chi ha la potestà di alienare (*r*).

XXX. Decimosesto, dimando: Taluno chiuse la strada; posso io forse di mia autorità rompere la chiusura? Rispondi: O parliamo della strada privata, la quale, od è chiusa dal padrone di essa, o da un altro. Se è chiusa dal suo padrone, nessuno può rompere la chiusura, perchè nel nostro è lecito fare ciò che n' aggrada; purchè però essa non fosse obbligata ad un altro per cagione di servitù; e perchè d'altronde, quando alcuno fabbrica contro la servitù dovuta, non già nell' altrui, ma nel proprio non

Digitized by Google

illum cui servitus deberetur destrui (1). *Si vero alius quam dominus claudit viam, potest indistincte dominus propria authoritate destruere* (2). *Si autem, est via publica, tunc dic quod non licet propria authoritate destruere, sed debet agi interdicto, ne quid in loco publico* (3), *et de hac quaestione dic ut dixi supra* (4) *ubi plenissime examinavi istum artic.*

XXXI. *Quaero decimoseptimo, quod si clauditur via public. quae est in una contrata, aut alius de alia contrata, cujus parum aut nihil interest, possit agere ut destruatur dicta clausura? dicas quod sic* (5). *Et hoc tenet gloss. not.* (6), *et ita tenet Angel.* (7) *qui dicit illam gloss. non esse alibi, et Joan. de Ana.* (8), *qui dicit, quod illa gloss. communiter tenetur per Dd. imo dicit plus, quod etiam forenses possent agere* (9).

XXXII. *Quaero decimoctavo, de quadam quaestione, quae fuit inter duas communitates, quam ponit Bald.* (10), *per quam ibant currus utriusque communitatis: cui ex dominis territorii debet haec via applicari, et dicendum est quod dicta via est in promiscuo usu, nec dividi potest: quia quaelibet pars divisa esset inutilis ad exercitium viae: et cujus effectus individuus est, ejus quoque substantia individua est* (11). *Et maleficia ibi commissa syndicus utriusque universitatis potest denunciare: nec est curandum in qua parte villae, utrum magis versus unum territorium, sive latera unius territorii, quam versus reliquum: quia tota via est in promiscua jurisdictione. Et istae communitates rediguntur ad instar duorum sociorum, sive duorum reorum credendi: unde si transeuntes per illam viam debent solvere pedagium, erit commune: quia ex re promiscua et communi pervenit. Inquirendo tamen de maleficio ibi commisso, videtur melior conditio occupantis. Et occupare dicitur qui totum usurpat: et*

(1) *Ut l. quemadm. § si protectum. ff. ad leg. Aquil. et l. si vitem, § si ad jun. ff. quod vi aut*

poi altri che non è padrone chiede la strada, può il suo proprietario indistintamente distrùggere d' autorità propria. Che se la strada è pubblica, allora di' che non è permesso distruggere di propria autorità, ma si deve agire coll' interdetto *ne quid in loco publico*; e circa tale quistione di' come sopra, ove plenissimamente esaminai quest' argomento (*s*).

XXXI. Decimosettimo, io chieggo: se vien chiusa una pubblica strada, ch'è in una contrada, può forse un altro di un' altra contrada, al quale poco o niente ciò importa, agire affinchè la chiusura venga tolta? Risponderai che sì. Così tiene la glossa, e così pure Angelo, il quale dice che quella glossa è unica, e così pure Giovanni di Anagni, che soggiunge esser essa comunemente accettata da' dottori; anzi aggiunge per di più, che anche i forestieri possono agire in tal caso (*t*).

XXXII. Decimottavo, chieggo intorno ad una certa questione, ch' ebbe luogo fra due comunità, e ch' è narrata da Baldo; vale a dire circa una strada pubblica, per la quale passavano i carri di amendue le comunità: a quale dei padroni del territorio si dovesse attribuirla; e deve dirsi che detta strada è in uso promiscuo, nè si può dividere, perchè ogni porzione divisa riuscirebbe inutile pel suo esercizio; e perchè a chi spetta l' effetto individuo, a quegli ancora appartiene l' individua sostanza. Ed il sindaco dell' una e dell' altra università può denunciare i delitti contro di te commessi, nè dee badarsi in qual parte della villa sieno stati perpetrati, se piuttosto verso un territorio od i lati di un territorio, che verso il rimanente, perchè tutta la strada è in giurisdizione promiscua. E queste comunità vengono ad essere come due socii, o come due correi di credere; onde se quelli che passano per detta strada devono pagare un pedaggio, questo sarà comune, perchè proviene da una cosa promiscua e comune. Però nell' inquirere circa un delitto in essa commesso, la condizione dell' occupante sembra migliore. E si dice occupare chi usurpa il tutto, e

(7) *In l. in provinciali, § final. ff. de nov. oper. nunciat.*

Digitized by Google

cum hic habetur occupatio jurisdictionis, ubi praeventio facit jus (1). *Et sicut implere conditionem prodest soli implenti* (2), *ita exercere jurisdictionem prodest soli exercenti, et solus praeveniens intelligitur jurisdictionem* (3*) *exercere. Alii dicunt, quod si in medio duarum civitatum est locus communis, et ibi fiat maleficium, quod potestas utriusque civitatis habet cognoscere. Quia ejus territorium offenditur* (3), *et sic non est melior conditio praevenientis, sicut in injuria facta pluribus, unusquisque injuriam suam prosequitur, et hoc est verius secundum Alb. de Cervio, et dicit Bald.* (4). *Et e converso, si villa tenetur emendare furta in suo districtu, et in via communi duarum villarum esset factum furtum : quaelibet villa tenetur insolidum; sed una absolvitur, altera liberatur, ut in dictis juribus : et sic, quod commune est privatum active et passive in istis individuis, secundum Bald.* (5), *quantum ad condemnationem, quod not. Alber. de Ros.* (6).

XXXIII. *Quaero* 19 *statuto cavetur, quod vulnerans in via publica, magis puniatur quam si alibi vulnerat : aliquis percussit in via privata, per quam tamen iter publice fiebat ; an punietur, ac si in via publica vulnerasset? Et videtur quod sic* (7), *dummodo per eam vulgo iter fiat* (8), *quia mens spectari debet* (9), *ita tenet Angel.* (10) *et eum sequitur Alber. de Ros.* (11); *in contrarium tamen videtur, quod illa via in veritate est privata, ut in princ. praesupponitur* (12), *ergo statutum poenale loquens de via publica, non debet habere locum in privata : quoniam statuta sunt stricti juris, nec regulariter debent extendi* (13) *et maxime statuta poenalia* (14); *et istam partem puto esse veriorem: quia quando statutum est poenale et correctorium juris communis, sicut praesupponitur in casu isto, tunc non debet exten-*

quando v' ha occupazione di giurisdizione, v' ha pure la prevenzione che partorisce il diritto. E siccome l' adempimento della condizione giova soltanto a chi l' adempie, così l' esercitare la giurisdizione (3*) giova al solo esercente, e soltanto chi previene s' intende esercitarla. Altri dicono, che se in mezzo di due città vi sia un luogo comune, ed ivi si commetta un delitto, ciascuna delle due città ha diritto di conoscere di esso, perchè viene offeso il territorio d' ambedue; ed in tal guisa la condizione di chi previene non è la migliore. Così pure in un' ingiuria fatta a parecchi, ciascuno può agire per la sua ingiuria, e ciò è più vero, secondo Alberico da Cervia e Baldo. Al contrario, se una villa è obbligata a correggere i furti nel suo distretto, e nella strada comune ad essa e ad un' altra villa, fosse commesso un furto, ciascuna di esse ville sarebbe tenuta in solido, ma l' una rimarrebbe assoluta, l' altra liberata, in forza dei testi citati; e per tal modo ciò che è comune, è privato attivamente e passivamente in queste cose individue, secondo Baldo. Quanto alla condanna, aggiungi ciò che nota Alberico da Rosate (*u*).

XXXIII. Decimonono. È determinato dallo statuto, che chi ferisce sulla strada pubblica sia maggiormente punito che se ferisca altrove. Taluno percuote nella strada privata, per la quale però v' era pubblico passaggio; sarà egli punito come se avesse ferito nella strada pubblica? Rispondi che sì, purchè per essa il pubblico passi, dacchè si dee badare all' intenzione; così tiene Angelo, ed è seguito da Alberico da Rosate. Sembra nondimeno al contrario, che quella strada in verità sia privata, come si presume; dunque lo statuto che parla di strada pubblica non dee aver luogo nella privata, perchè gli statuti sono di stretto diritto, nè di regola si debbono estendere, massimamente gli statuti penali. E questa opinione io stimo esser più vera, perchè quando lo statuto è penale e derogante al diritto comune, come si presuppone in questo caso, allora non dev' essere esteso, neppure per

(1) Argum. ff. de offic. consul. l. 4.

(10) In tract. suo de maleficiis titul. de poen.

di etiam per identitatem rationis (1). *Secus esset, quando statutum declararet aut distingueret jus commune, quia bene tunc fieret extensio per identitatem rationis, secundum Bartbol* (2). *Non obst.* l. 1. § summa cum utilitate, ff. de his qui dejec. vel eff. *Quia ibi sit extensio per l. et in casu nostro fieret per hominem, quod non est dicendum per praedicta.*

XXXIV. *Quaero* 20 *de alia quaestione quotidiana, scilicet statutum est hic Paduae, et etiam in multis locis, quod si quis vendiderit fundum, possit cohaerens seu confinis, seu collateralis* (4*) *praesentare idem precium, et vendicare fundum venditum ab emptore, modo aliquis vendidit fundum, et vicinus qui habet alium fundum propinquum, via tamen publica interveniente, vult praesentare pretium vigore dicti statuti, quaeritur an possit? et dubium est in hoc, an talis vicinus dicatur cohaerens et confinis aut collateralis, ita quod possit praesentare?. Et videtur quod sic* (3), *ubi habetur, quod ripae fluminis dicuntur esse illorum, quorum praediis adhaerent, etiam si via publica sit in medio. Item pro hac, quia via publica media non impedit servitutem, licet aliud in locis privatis sit* (4) *e contra casus videtur ad litteram*, in l. 2. § fina, cum l. seq. D. finf. regun. *ubi dicitur, quod si via publica sit in medio inter fundum tuum et meum, confinium non intelligitur, quia via in confinio meo est via publica, magis quam ager vicini, et ideo vult ibi, quod non possit agi judicio* fini: regun., *quod inter confines competit et istam ultimam, puto veriorem esse. Et idem etiam dicas, si flumen publicum esset in medio, quia non dicerentur esse confines seu collaterales* (5). *Secus si rivus privatus interveniret* (6).

identità di ragione. Altrimenti sarebbe, quando lo statuto spiegasse o distinguesse il gius comune, perchè allora ben si potrebbe estenderlo per identità di ragione, secondo Bartolo. Ned osta a ciò la legge 1 § *summa ff. de his qui dejec. vel eff.*, perchè ivi l' estensione si fa per legge, mentre nel caso nostro si farebbe dall' uomo; lo che non è a dirsi per le predette cose (*v*).

XXXIV. Dimando in ventesimo luogo intorno ad un'altra questione quotidiana, ch'è la seguente. V' è uno statuto qui in Padova ed in molte città, che se alcuno abbia venduto un fondo, possa il suo vicino, o confinante o collaterale (4*), offrire lo stesso prezzo e vendicare dal compratore il fondo venduto. Ora taluno vendette un fondo, ed il vicino che ha un altro fondo propinquo, però colla strada pubblica frapposta, vuole offrire il prezzo in virtù del detto statuto; si chiede se lo possa? V' ha dubbio in questo caso se tale vicino debba dirsi coerente e confinante, oppure collaterale, così che possa offerire il prezzo. Sembra che sì, in virtù di un testo delle Istituzioni, ove è detto, che le rive del fiume si dicono spettare a quelli dei quali sono i fondi aderenti, ancorchè vi sia in mezzo la strada pubblica. Del pari perchè la strada pubblica interposta non impedisce la servitù, benchè avvenga altrimenti nei luoghi privati. Al contrario sembra esservi un caso alla lettera nella legge 2 § *fin.* e nelle seguenti *ff. fin. reg.*, ove si trova, che se la strada pubblica è interposta fra il tuo fondo ed il mio, non si reputa aver luogo un confine, perchè nel mio confine è la pubblica strada meglio che il fondo del vicino; e però ivi si dice, che non si può agire col giudizio *finium regundorum*, il quale compete tra confinanti, e quest' ultima opinione io stimo più vera. Dirai pure lo stesso se vi fosse in mezzo un fiume pubblico, perchè non si direbbero confinanti o collaterali. Diversamente, se fosse interposto un canale privato.

XXXV. *Et hanc partem tenet etiam Bald.* (7). *Nec obst.* l. maritus, de acquir.

XXXV. Nè forma ostacolo a ciò la legge *maritus ff. de acquir. rer. dom.*, ove il

Digitized by Google

vicini, et viam publ. et postea retrocedit flumen; quod fundus vicini efficitur meus, non obstante quod via quae remanet, sit in medio, quia ille text. fundat se in hac ratione in fin., quia etiam ipsa via est fundi mei, et gloss. intelligitur quantum ad emolumentum, non quantum ad proprietatem, vel quantum ad commodum meum: quia si via destrueretur ex fundo meo deberet reparari (1), *sed quo ad alios effectus, secus. Et ideo quantum ad hoc fundus qui est ultra viam, sit cohaerens, quantum ad hoc ut contra jus commune possit vendicari, dicendum est, quod ipsa via impediatur ne fundi dicantur cohaerentes, et eodem modo respondeo ad gloss.* (2). *quae potius probat contrarium, relata ad tex. qui dicit, quod ripae sunt ejus, cujus praedio adhaerent, et gloss. addit etiam quasi dicat, si via vel flumen sit in medio: licet tunc non adhaereat praedio quando via est in medio, tamen ripa sua est.*

XXXVI. *Quaero* 21 *quid si via communis est ad fontes agrorum vel castrorum, ad cujus jurisdictionem praesumantur praedia pertinere? Respondeo secundum Bald.* (3), *quod via communis diffinit loca secundum vicinitatem aspectus* (4). *Item medium est extremitatib; oppositum secundum Arist., ideo nulla extremitas praedicatur de medio. Item quod participat de contrariis, non est simpliciter tale* (5).

XXXVII. *Quaero* 22 *aliquis legat, vel vendit fundum vel* (5*) *domum, an videatur concessum, quod debeat habere viam ex fundo exterioris vel vendentis, vel sunt duo fratres aut socii, dividunt unum fundum, an in dubio videatur actum, quod unus debeat habere viam per partem alterius?* Vide quae plenissime dixi loco praeced. in titul. de servit. itin. seu adi. ubi etiam dixi itin. et act., ubi omnino vide *et adde quod si aliquis vendit fundum; in quo habet capellam, quod capella non cedit, si habet aditum ex publico. Sed Barthol. ita dicit* (6) *per illum text. cui addi notat. per Innoc. et Dd.* (7).

XXXVIII. *Quaero* 23 *quid si via publica est aquis inundata vel aliter destructa,*

(1) *Per l. si locus, § An. ff. quemad. servit. amitt.*
(2) *In § riparum.*
(3) *In l. si plures; C. de condi. inscr.*

cino e la detta strada, e poscia retrocesse, che il fondo del vicino diventi mio, non ostante che la strada, che resta, sia nel mezzo; perchè quel testo verso il fine si fonda in questa ragione: che anche la stessa strada è del mio fondo; e la glossa intende procedere ciò rispetto all'utilità, non già rispetto alla proprietà; cioè, quanto al mio comodo, diguisachè se la via fosse distrutta dal mio fondo, dovrebbe venir ristaurata; ma quanto agli altri effetti, altrimenti. E però rispetto a ciò, che il fondo ch'è oltre la strada, sia aderente, come pure, che contro il diritto comune si possa vendicare, deve dirsi, ch'è d'uopo che la stessa strada sia impedita, onde i fondi non si dicano coerenti; ed in egual maniera rispondo alla glossa, la quale piuttosto prova il contrario, relativamente al testo, che dice, che le rive sono di colui, al fondo del quale sono aderenti. E la glossa aggiunge, dicendo quasi: *se la strada od il fiume è frapposto;* imperocchè allora la riva è sua, quantunque non aderisca al fondo, essendovi interposta la strada (*x*).

XXXVI. Ventesimoprimo, dimando: che sarà di diritto, se la strada comune è posta alle sorgenti dei fondi o dei castelli; alla giurisdizione di chi si presumeranno appartenere i fondi? Rispondo, secondo Baldo, che la strada comune segna i confini dei luoghi, giusta la vicinanza dell'aspetto. Parimente il mezzo è opposto alle estremità, secondo Aristotile; perciò nessuna estremità può dirsi essere nel mezzo. Così pure ciò che partecipa dell'estremità, non è semplicemente tale (*y*).

XXXVII. Ventesimosecondo, dimando: Taluno lega o vende un fondo (5*) od una casa: Sembrerà perciò concesso, che debba avere la strada dal fondo esterno o dal venduto? Oppure sono due fratelli, o socii, che dividono un fondo; sembrerà nel dubbio stabilito, che uno debba avere la strada nel fondo dell'altro? Vedi ciò, che pienissimamente ho detto nel capo della *servitù di passaggio od accesso*; ed aggiungi, che se alcuno vende un fondo, nel quale ha una cappella, questa non cede al fondo, se ha lo accesso dal luogo pubblico. Così dicono Bartolo, Innocenzo ed i dottori (*z*).

XXXVIII. Ventesimoterzo. Dimando: e che sarà, se la strada pubblica è innonda-

(4) *Institut. de rer. div. § insula, et vide quod not. Azo in summa C. uti possidetis.*
(5) *Ut D. de leg. 2. hoc legatu.*
(6) *In l. si mercedem, § 1. ff. de actio empt.*
(7) *In c. ex literis extra, de jure patro.*

Digitized by Google

an possit iri per fundum vicini? dic quod sic (1), *et nunquid debeat vicinus de hoc habere pretium, gloss. ib. tangit* (2); *et adde quod isto casu si aliquis duceret pecudes vel animalia per fundum vicini, quando via public. est destructa: non potest accusari per vicinum de damno dato, ut not. Bald.* (3), *et hoc intellige, dummodo civiliter ducat animalia: ita quod a damno in quantum potest, custodiat* (4).

XXXIX. *Quaero* 24 *quid aliquis in agrum vicini viam public. rejecerit: an is per cujus fundum via public. facta est, possit agere contra eum: dic. quod sic: quia potest agere actione viae rejectae ad suum interesse, scilicet quanti sua interest quod via public. per suum fundum facta non sit* (5), *quam actionem quidam dicunt esse proprium nomen actionis: et ita est in arbore actionum Joann. in speciali circulo: et ita bene sonat actio viae rejectae, sicut et nomen alterius actionis, et ita tenuit Azo.* (6). *Alii dicunt, quod non est proprium nomen actionis, sed est quaedam adjectio, sicut est actio de peculio, et quod dicitur* in d. l. si in agrum, *quod datur actio viae rejectae debet exponi, id est, propter viam rejectam datur actio utilis* (7), *vel in factum* (8), *sicut et alias datur actio de dolo, id est, propter dolum datur actio scilicet mandati* (9), *et istam partem tanquam ultimam, videtur sequi Rofr.* (10); *alias est rub. de actio. viae rejectae et ita etiam tenet Barthol.* (11) *qui dicit quod ista non est actio de se, sed est actio in factum ex hoc edicto* (12); *et intellige Barthol. dum dicit, ex hoc edicto, de edicto posito,* in l. 1. de via publ. et itin. pub. refic.

XL. *Sed circa istam actionem viae rejectae quaeram de quibusdam pro ejus declaratione, quia est materia incognita. Primo quot sint necessaria ad hoc ut com-*

(1) *Per l. si locus, § final. ff. quemad. serv. amitt.*

(2) *Ego dixi in loco praecedent. in 10. quaestion. in fin. et supra de servitut. in antepenult.*

ta dall' acque od altrimenti distrutta? si potrà forse passar e pel fondo del vicino? Rispondi che sì, e se il vicino debba essere di ciò compensato, lo dissi già prima. Ed aggiungi, che in questo caso se alcuno conduce la greggia o gli animali pel fondo del vicino, quando la strada pubblica è distrutta, non può essere accusato dal vicino di danno inferito; come nota Baldo. E questo intendi procedere, purchè conduca gli animali in modo civile, così che preservi il fondo da danno, per quanto il può *(aa)*.

XXXIX. Ventesimoquarto, dimando: che di diritto, se alcuno avrà respinto la strada pubblica nel fondo del vicino? Potrà quegli, pel cui fondo fu fatta la strada pubblica, agire contro di lui? Rispondi che sì; cioè, che può agire coll'azione *della strada respinta* per risarcimento, ossia con quella *di quanto gli importa che la pubblica strada non sia fatta nel suo fondo*; e questa azione dicono essere un nome proprio di azione; e così fu posta nell' albero delle azioni da Giovanni, in un circolo speciale, e per tal modo suona bene *azione della strada respinta*, come il nome di un' altra azione; e questa è sentenza di Azzone. Altri dicono, che non è un nome proprio di azione, ma una certa aggiunta, come nell' azione del *peculio*; e ciò che dice la legge *si in agrum ff. de via publ.*, che, cioè, è data l' azione della strada respinta, si deve spiegare così: è data un' azione *utile* per la strada respinta, ed una *in fatto*, come alle volte si dà l' azione di dolo, cioè: si dà un' azione per il dolo, ossia di mandato. Questa opinione, come ultima, sembra seguita da Roffredo; e così pure pensa Bartolo, il quale dice, che questa non è un' azione di per sè, ma è una azione *in fatto*, nascente dall' editto: ed intendi la parola *editto* nel senso dell' editto posto nella legge 1.ma *de via publ. et itin. pub. ref.*

XL. Ma intorno quest'azione *della strada respinta* ricercherò alcune cose per la sua spiegazione, dacchè è materia sconosciuta. Primamente, quante cose sieno necessarie af-

(3) *L. si cui, ff. de servit. secundum* Bald. *in d. l. per agrum.*

(4) *Ut est text. in l. si in agrum, ff. de via pub.*

Digitized by Google

petat ista actio, Rofr. (1): *dicit, quod tria sint necessaria. Primum, quod viam pub. quis fecerit per fundum. Secundum, quod iste fundus sit vicini sui: et idem si esset alterius privati. Tertium, quod propter hoc damnum fit illatum illi vicino vel domino, per cujus fundum via publica est, et haec omnia intelliguntur*, in d. l. si agrum D. de via publica.

XLI. *Secundo quaero, ad quid competat ista actio? et videtur quid competat ad hoc, ut via public. rejecta in agrum vicini, removeatur de fundo illo: sed dic contra, quia imo competit ad interesse tantum* (2), *et hoc tenet Rofr.* (3), *et adde quod dicam in seq. Hoc tamen fallit in casu, quando via publ. esset destructa* (4).

XLII. *Tertio quaero, quid si agatur ad hoc, ut illa via removeatur. Dic quod non competit actio praedicta, ut statim dixi, sed possum ego, in cujus fundum via rejecta est, propria authoritate claudere, ita quod plus inde transiri non possit* (5), *qui dicit, quod ita de facto saepe videmus: et adde quod dixi supra in 6. quaestion.*

XLIII. *Quarto quaero, quid si egit quis primo contra vicinum, qui viam publ. in fundum suum rejecit, et fuit consecutus interesse suum per actionem viae rejectae: an poterit postea claudere viam? Videtur quod sic* (6). *Contrarium teneas. quod cum ipse pretium habuit, et pretium loco rei succedat* (7), *ergo videtur habere fundum, ex quo habet pretium, unde viam claudere et removere non poterit, et ita tenet Rofr. in loco praeallegato. Item pro hoc cum competant domino fundi duo remedia, unum ad interesse, aliud ad rem impetrandam: unum intentando, alteri renunciare videtur* (8).

XLIV. *Quinto quaero, quid si aliquis rejecit viam privatam per fundum vicini sui, numquid agatur actione praefata. Et*

fichè tale azione competa. Roffredo dice, che sono necessarie tre cose: Primo, che alcuno abbia fatto strada pubblica nel fondo. Secondo, che questo fondo sia del suo vicino, e parimente se fosse d' un altro privato. Terzo, che per ciò sia stato inferito danno a quel vicino o proprietario, pel cui fondo è la strada pubblica; e queste tutte cose si ricavano dalla legge *signum ff. de via publ.*

XLI. In secondo luogo dimando: a quale scopo competa tale azione? E sembra che competa allo scopo, che la strada pubblica respinta nel fondo del vicino sia rimossa da quello. Ma tu di' all' opposto, che anzi compete al solo fine del risarcimento, e questa è opinione di Roffredo, ed aggiungi ciò che dirò in seguito. V' ha tuttavolta eccezione, qualora la strada pubblica fosse distrutta.

XLII. In terzo luogo dimando: e che di diritto, se si agisce allo scopo che quella strada sia tolta? Rispondi, che non compete l' azione predetta, come dissi prima, ma io, nel cui fondo la strada fu respinta, posso chiuderla di mio arbitrio, così che non si possa più passare. Così pur pensa Roffredo, il quale dice che così in fatto spesso addiviene.

XLIII. In quarto luogo dimando: che di diritto, se alcuno agì dapprima contro il suo vicino, il quale avea respinto la strada pubblica nel suo fondo, e conseguì il risarcimento dovutogli mediante l' azione *della strada respinta*; potrà egli poscia chiudere la strada? Sembra che sì per alcuni testi. Terzi all'opposto, che siccome egli ebbe il prezzo, e questo succede in luogo della cosa, così sembra avere il fondo, dacchè ebbe il prezzo; onde non potrà chiudere la strada, nè rimuoverla, come pensa Roffredo nel citato luogo. Del pari, competendo al padrone del fondo due rimedii, uno pel risarcimento, l'altro per ottenere la cosa, intentando l' uno, sembra rinunziare all' altro.

XLIV. In quinto luogo dimando: che di diritto, se alcuno respinse la strada privata nel fondo del suo vicino? si agirà for-

Digitized by Google

sit, et intentare etiam negatoriam: et si est dominus fundi, datur sibi utilis negatoria vel publicana (1), *directa actio datur pro via tantum publica: quia tunc non concurrunt verba et mens legis* (2).

XLV. *Sexto quaero, quomodo debet formari libellus in hac actione viae rejectae? Et dic quod debet formari isto modo: Coram vobis, etc. compareo ego Philippus Alexand. de Velletro contra et adversus Antonium Falsepedatum, et dico et expono, quod dictus Antonius in agrum meum viam publicam rejecit seu immisit propter quod interest mea, ne via illa ita rejecta sit, quare istud interesse meum peto, et ad hoc propono actionem viae rejectae, et hoc tenendo illam opinionem, quod competat dicta actio: sed tenendo aliam opinionem, scilicet quod non sit proprium nomen actionis* (3), *tunc retineas omnia in libello posita, et adjicias. Et ad hoc propono actionem in factum, vel* (6*) *utilem l. Aquiliae, ita dicit Rofr.* (4). *Sed tu dicas, quod hodie in utroque casu non est necesse, quod exprimatur nomen actionis* (5), *et tutius est, quod non inseratur nomen actionis in libello, ut notatur in dictis juribus, et maxime in casu isto, in quo sunt opiniones; quod sit proprium nomen actionis exprimendum.*

XLVI. *Septimo et ultimo quaero, quomodo debeat actor et reus formare positiones in hac actione viae rejectae? dic secundum Rofr.* (6); *quia positiones actoris sic fieri debent. Ego dico, quod via publica vadit et ire debet per tales partes, vel recta via publica per illam tu vicinus rejecisti vel immisisti per fundum meum. Item dico, quod per talem viam missam per fundum meum damnum mihi illatum est, etc. Positiones vero rei sic fieri possunt: Et dico, quod via publica est, vel esse debet per tales partes, sicut nunc est. Item dico, quod in partes illas, vel fines est fundus tuus. Item dico quod per talem viam publicam ita immissam, conditio tua facta est mellor: quia modo per viam et*

(1) *Ut l. si ego, D. de public.*

(2) *Facit quod not. in l. tutori. C. de negot. gest. et in l. si quis id quod, in princ. D. de jurisd. omn. jud.*

(3) *Sicut dixi in 1. quaestion. hujus 23. quaestion.*

avere un'azione *utile*, e che possa eziandio intentare la *negatoria*; e se è padrone del fondo, gli è data l'*utile negatoria* o la *publiciana*. L'azione *diretta* è data soltanto per la via pubblica; perchè allora non concorrono le parole della legge.

XLV. In sesto luogo dimando: In qual modo dev' esser formato il libello in questa azione della strada respinta? Rispondi che dev' esser formato in questo modo: *Alla presenza di voi ec. comparisco io, Filippo di Alessandro di Velletri contro ed in confronto di Antonio Falsapedato; e dico ed espongo, che il detto Antonio respinse od immise la strada pubblica nel mio fondo; per la qual cosa m' importa che quella strada non sia così ributtata. Perciò io chieggo il risarcimento dovutomi, ed a tal uopo propongo l' azione della strada respinta*; seguendo in tal modo l' opinione che competa la detta azione. Ma qualora si abbracciasse l' altra, cioè che non vi sia un nome proprio d' azione, allora conserverai tutte le cose poste nel libello, ed aggiungerai: *Ed a tal fine propongo l' azione in fatto, oppure* (6*) *l' utile della legge Aquilia.* Così dice Roffredo; ma tu dirai invece, che oggidì sì nell' uno che nell' altro caso non è necessario che si esprima il nome dell' azione; ed è più sicuro che non si inserisca nel libello, com' è notato ne' testi, massime nel caso nostro, nel quale vi hanno opinioni, che si debba esprimere il nome proprio dell' azione.

XLVI. In settimo ed ultimo luogo dimando, in qual modo debbano l' attore ed il reo formare le posizioni in questa azione della strada respinta? Rispondi, secondo Roffredo, che le posizioni dell' attore deono esser fatte in questo modo. *Io dico, che la pubblica strada passa e deve passare per le tali parti, cioè la retta strada, la quale tu, mio vicino, hai respinta od immessa nel mio fondo. Così pur dico, che a cagione di tale immissione della strada, il mio fondo fu danneggiato ecc.* Le posizioni poi del reo possono esser fatte così: *Io dico, che la strada pubblica è o deve passare per le tali parti, come di presente. Dico del pari, che in quelle parti o confini giace il tuo fondo. Parimente dico, che per tale strada pubblica così immessa la condizione tua è diventata*

(4) *In d. titul. de actio. viae rejectae.*

(5) *Ut notat gloss. magna in l. ih princip. D. de edend. et ibi per Dd. et not. per gloss. et Dd. in ca. dilecti, extra de jud. in ca. examinata, eodem titulo.*

(6) *In tit. saepius allegato.*

Digitized by Google

stratam publicam potes inde alimoniam vendere remeantibus, et per viam publicam transeuntibus.

XLVII. *Quaero* 25. *an quilibet teneatur munire vel reficere viam? Dic duplex est via: una publica, alia privata* (1): *quando via est publica, distingue: aut via est intra civitatem, et quilibet debet munire juxta domum suam* (2). *Et ita tenet Barthol.* (3), *et idem si via publ. est per burgos civitatis* (4), *quod nullum genus hominum excusatur ab isto onere: quia non numeratur inter sordida munera* (5), *nisi esset concessa vacatio munerum publicorum, vel papalis concessio* (7*) *ut non teneatur ad istud onus reficiendum* (6), *et ideo non excusantur praedia principis* (7). *Et hoc tenet Andr. de Barulo, per illum text. et est text.* (8). *Item nec excusantur ecclesiae* (9), *ut dicit Bart.* (10) *quod res ecclesiae tenentur ad refectionem viarum publicarum. Non autem dicas quod sola ecclesia, id est, ipse locus sacer sine aliqua possessione teneatur ad istam refectionem, quia non tenetur: sed per possessiones tantum. Et ideo fratres minores non tenentur ad istud onus, nec etiam ecclesiae civitatis tenentur ad refectionem viae, seu stilizare jura civitatis Bonon. quia ecclesiae in nullius bonis sunt: sed parochia reficiet, secundum Jacob. Butr. et Bald.* (11). *Et quia istud onus reputatur esse fructuum* (12), *sequitur, quod possessiones steriles, quae nihil reddunt de fruct., non tenentur ad istud onus, secundum Bald.* (13).

XLVIII. *Sed adverte, quia gloss.* (14) *dicit regulariter, quod non tenetur,* l. ad instructiones, C. de sacrosanct. eccles. *quae dicit, quod clerici tenentur ad instructionem itinerum* (15) *et hoc tenet Host.* (16). *Ego vero credo illam gloss. non dicere verum, quoniam ista sunt munera realia,* (8*) *ut dicit Bart.* (17), *et non sunt sordida:*

(1) *Ut dixi supra in §. qu. 1. casu.*

migliore, perchè d'ora in poi puoi vendere sulla strada pubblica commestibili a quei che ritornano, o che passano per essa (*bb*).

XLVII. In venticinquesimo luogo dimando, se alcuno sia tenuto a ristaurare o ad assicurare la strada? Rispondi: duplice è la strada; pubblica e privata. Allorquando essa è pubblica, distingui: od è dentro la città, e ciascuno la deve riparare presso la propria casa, come dicono i testi e Bartolo; e così pure allorquando la strada pubblica è nei borghi della città; perchè nessuna specie d'uomini va esonerata da questo peso, non annoverandosi fra gli ufficii abbietti, tranne il caso che venisse concessa esenzione dai pubblici carichi, o quello di un papale (7*) privilegio di non esser obbligato a questo peso del ristaurare; e perciò non vanno esenti i fondi dello stesso principe; e questa è sentenza di Andrea da Barolo. Così pure non vanno esenti le chiese, perch'è un peso reale, come dice Bartolo, e però avverti, che i beni ecclesiastici sono obbligati alla riparazione delle pubbliche strade. Non dirai poi che la chiesa sola, per esempio, lo stesso luogo sacro senza alcun podere, sia tenuto a questa riparazione, ma che è obbligata nel solo caso, ch'abbia possessioni. Perciò i frati minori non sono obbligati a questo peso, e neppure le chiese della città sono tenute alla riparazione della strada, perchè le chiese stanno nei beni di nessuno; ma bensì la parrocchia ristaurerà, secondo Giacomo Butrigari e Baldo. E poichè questo peso si stima essere un peso di frutti, segue, che le possessioni sterili, le quali non danno alcun frutto, sono esentate da esso, giusta Baldo.

XLVIII. Ma poni mente, perchè la glossa dice, che la chiesa non è tenuta in virtù della legge *ad instruct. Cod. de sacr. Eccl.*, la quale reca, che i cherici sono obbligati ad apparecchiare i passaggi, lo che è tenuto anche dall'Ostiense. Io poi credo, che quella glossa non dica il vero, perchè questi sono carichi reali (8*), come dice Bartolo, e non

(9) *Ut ibi, et in Auth. de Eccles. titu. § ad hoc*

Digitized by Google

ergo tenentur Ecclesiae (1). *Nec obst.* d. § novarum, *quia ibi dicitur, quod Ecclesia non tenetur ad novas collationes, et sic ad munera sordida. Et istam partem, quod Ecclesia teneatur ad ista onera refectionis viarum, tenet Anton. de Butr.* (2) *ubi plene examinat istam materiam. Et ita etiam Card. Zaba.* (3) *dicens quod* d. l. ad instructiones *hoc expresse dicit, nec aliquod jus novum specifice contradicit. Unde quod non mutatur, quare stare prohibetur* (4). *quia leges civiles sunt approbatae per jus canonicum, in quantum non contradicant expresse canonibus* (5), *et de ista materia an Ecclesia et alii teneantur ad refectionem viarum et pontium, vide per dominum Petr. de Anchar.* (6).

didi; dunque le chiese sono obbligate. Nè fa ostacolo a ciò il § *novarum*, perchè dice che la Chiesa non è tenuta alle nuove collazioni, e per conseguenza neppure ai carichi sordidi. E questa opinione, che la Chiesa sia obbligata a tale carico di ristaurare le strade, è seguita da Antonio da Butrio, il quale esamina pienamente questa materia. E così pure dal Cardinale Zabarella, dicendo egli, che la legge *ad instructiones* espressamente ciò reca, nè contraddice specificatamente alcun nuovo diritto. Laonde ciò che non è innovato, non è vietato; ed allego questa ragione, perchè le leggi civili sono approvate dal gius canonico, in quanto non cozzino apertamente co' canoni. Circa questa materia, se la Chiesa ed altri siano obbligati alla ristaurazione delle strade e dei ponti, vedi in Pietro d' Ancarano.

XLIX. *Sed quid si imponitur gabella pro plaustris et curribus, quae solvitur ad portam pro refectione viae, an Ecclesia teneatur? et dicas quod sic, quia aliquid solvitur ex eo quod plaustra destruunt vias, et oportet quod continue reficiantur ex illa pecunia, et ideo sicut Ecclesia tenetur ad refectionem viarum* (7), *ita ad solutionem hujus gabellae, ex qua reficiuntur viae, secundum Jacobum Butr. et Bald.* (8); *dicit tamen ibi Bald. quod ad hoc non possunt cogi per seculares* (9).

XLIX. Ma che sia di diritto, se viene imposta una gabella sui carri e sulle vetture, la quale si debba pagare alla porta, per la riparazione della strada? la Chiesa vi è forse obbligata? Rispondi, che sì, perchè si paga qualche cosa per la ragione che i carri distruggono le strade, ed è necessario ristaurarle continuamente con quel danaro; e però, siccome la Chiesa è tenuta alla ristaurazione delle strade, così pure è tenuta al pagamento di questa gabella, per la quale le strade si riparano, secondo Jacopo Butrigari e Baldo. Avverti però, che Baldo dice non potere le Chiese essere a ciò costrette dai secolari.

L. *Item quid si civitas vel villa vult facere unam viam de novo, et vult imponere onus proprie pro rebus pro dicta expensa viae vel pontium, an possit imponi Ecclesiis? Bart.* (10) *dicit quod non* (11), *nisi praedia essent tributaria, de quo vide per Bart.* (12). *Secundo casu, quando via est extra civitatem: benignius tunc debet fieri refectio et injunctio expensae communis imponendo collectam* (9*) *pro quantitate patrimonii* (13), *et ibi hoc tenet Bart.; hoc tamen fallit, quando dominus civitatis, vel alius superior reciperet vectigalia*

L. Del pari, che di diritto, se una città o villaggio voglia fare una strada nuova ed imporre un nuovo carico propriamente a tal uopo? Sì fatta spesa della strada o dei ponti può forse essere imposta alla chiesa? Bartolo dice di no, se i fondi non sono tributarii — Nel secondo caso, cioè quando la strada è fuori di città, la ristaurazione deve esser fatta più benignamente, e così pure l'assegnamento della spesa comune, mediante l' imposizione di una colletta (9*) proporzionatamente al patrimonio. Lo che però non ha luogo, allorquando il signore delle città od un altro superiore riscuotesse

(1) Ut d. l. abeit.

(6) In repet. capit. postulasti in 5. quaest.

Digitized by Google

a transeuntibus: et tunc suis sumptibus eam viam deberet dominus vel superior facere purgari et reparari: non autem sumptibus subditorum, per regulam juris, qui sentit onus (1), *ita tenet Joan. de Plat.* (2) *et pro hoc facit quod not. dicit Arch.* (3), *ubi dicit quod isti comites et barones tenentur civitates suas, in quibus colligunt pedagia, et stratas tenere securas a latronibus: alias tenentur emendare damnum de praedato, et idem sequitur Bald.* (4) *et Flor.* (5); *quod perpetuo tenenti. Secundo casu princ. quando via est privata, et hoc potest esse duob. modis. Uno modo, via, id est, jus eundi, prout est servitus: et tunc convenit jus refectionis ei qui habet viam: ille enim qui habet solum, debet pati* (6). *Secundo modo accipitur via privata, hoc est, facta ex collationibus privatorum: et tunc idem quod illos privatos: quia ad eos pertinet refectio* (7); *et hoc tenet Guil. de Cun.* (8) *et sequitur Bart.* (9).

un pedaggio dai passeggeri, perchè allora ei dovrebbe farla accomodare e riparare a sue spese, non già a quelle de' sudditi, in forza di quella regola di diritto, che chi sente il vantaggio, dee pure sentire l' incomodo della cosa. Giova a tal uopo ciò che dice l' Arcidiacono, cioè, che i conti e baroni sono obbligati a tener sicure di assassini le loro città e le strade per le quali riscuotono il pedaggio; in caso diverso devono risarcire il danno per il predato; e così pensano pur Baldo e Floriano; lo che ricorda perpetuamente. Nel secondo caso principale, cioè, quando la strada è privata, diciamo che ciò può essere in due modi; primo allorchè per istrada s' intende il diritto di passare, in quanto che è servitù; ed allora il diritto di ristauramento compete a quello che ha la strada, imperócchè quegli che ha il suolo deve soffrire il peso. Secondo, allorchè la strada privata s' intende fatta per collazione di privati; ed allora avviene lo stesso, perchè la ristaurazione spetta a quei privati. In ciò concordano Guglielmo da Cunio e Bartolo.

LI. *Sed juxta praedicta quaeritur an scholares vel qui conducunt domum, teneantur ad refectionem viae? et quidam dicunt quod non, solet allegari* (10) *et ibi tenet Salyc.* (11) *Dicas contrarium, quod tenentur solvere: et si non solvunt, potest via occupari* (12), *solvent expensis locatoris: quia locatori imputabunt in pensione per actionem ex eo contractu, secundum Pet. et Cyn.* (13) *et Bart.* (14) *et ita tenet etiam Alber. de Rosa. secundum Odof.* (15), *quae incipit* (16), *ubi vult, quod si est statutum, quod quis ante domum suam teneatur solidare sub certa poena, quod inquilinus solvendo imputat locatori, et idem tenet domin. Paul.* (17), *idem tenet Rofr.* (18) *quo prohibetur, ne aliquid fiat in via publ. in fine, qui dicit quod ad hoc competit offic. jud.* (19).

LI. Conseguentemente alle predette cose si dimanda se gli studenti od altri che conducono una casa, sieno tenuti alla ristaurazione della strada? Alcuni stimano che no, e questa è opinione di Saliceto. Tu però di' il contrario, cioè, che sono tenuti a pagare a tal uopo, e se non pagano, la strada può essere occupata; e se pagano, lo fanno a spese del locatore, perchè potranno imputare il dispendio nella pigione dovuta a questi, in virtù dell' azione nascente dal contratto, giusta il sentire di Pietro, di Cino, di Bartolo e di Alberico da Rosate, come dice Odofredo, il quale vuole, che se vige uno statuto, che ciascuno sia obbligato sotto certa pena ad assodare la strada innanzi la sua casa, l' inquilino lo debba pur fare, imputando al locatore la spesa; del quale avviso sono anche Paolo di Castro e Roffredo, il quale dice che in tale bisogna è competente l' ufficio del giudice.

(1) *Et de reg. jur. in 6. et l. secundum naturam, D. eod. tit. etc.*
(2) *In l. unica, C. de cad. tol.*
(3) *23. q. 3. si quis peregrinus.*
(4) *In c. 1. in pen. col. prin. in tit. de his qui fund.*

(10) *L. ex conducto, ff. loca.*
(11) *In l. in summa, C. de pig.*
(12) *Ut l. aediles, ff. de via publ. et si solvunt.*
(13) *In d. l. in summa.*
(14) *In d. l. aediles.*

Digitized by Google

LII. *Item quid si esset emphyteuta seu livellarius, an teneatur reficere viam public. ante domum suam emphyteuticam? Dicas quod sic, expensis suis* (1), *et dicit idem de vasallo, et est notandum, quia isti dicuntur habere utile dominium* (2).

LIII. *Item quid de usufructuario, an teneatur ad refectionem viae? dic quod sic* (3), *ubi omnino vide, quod intellige nisi possessiones essent steriles, in quibus haberet usumfruct. ut supra dixi post prin. hujus 25. quaest. principalis.*

LIV. *Item quid de marito qui habet fundum dotalem juxta viam public. quae debet refici*, dic ut habetur in l. 4. § 1. D. de impen. et adde quod statim dicam.

LV. *Item quid si aliquis habitet in domo gratis, an teneatur ad refectionem viae; dic quod sic: si refectio puta purgatio, pertinet ad utilitatem momentaneam: sed si ad perpetuam, secus* (4). *Ego puto quod si refectio debet durare pro tempore quo habitare debet gratis,* (10*) *vel majori, teneatur: alias non* (5).

LVI. *Item an teneatur quis reficere viam, si prius vult cedere domui, quam habet juxta viam, vide Bald.* (6) *et vide quod dixi supra* de puteo (7) *et per ibi dicta, determinat etiam istam quaest.*

LVII. *Item quaeritur, quid si via publ. non est destructa ex antiquitate, vel casu: sed aliquis ipsam exaravit seu aliter destruxit: an vicini teneantur reficere? Dicas quod non: sed ipse tantum qui eam destruxit* (8).

LVIII. *Sed quid si ille non est solvendo? dic quod vicini coguntur* (9) *quod illa*

(1) *Ut l. 2. circa princ. in vers. publicarum functionum. C. de jure emphyt. et ibi hoc ponitur per Albert. de Rosa. in d. quaest. 136.*

LII. Parimente, che sarà di diritto, se invece d' un inquilino, si trattasse di un enfiteuta o di un livellario? sarà questi tenuto a ristaurare la strada pubblica dinnanzi la sua casa enfiteuticaria? Rispondi che sì, ed a proprie spese; com' è posto da Alberico da Rosate, il quale dice egualmente del vassallo; lo che deve notarsi, perchè questi enfiteuti o livellarii si dicono avere l' utile dominio.

LIII. Del pari, che si dirà dell' usufruttuario? sarà egli pure tenuto a ristaurare la strada? Rispondi che sì; lo che però intendi procedere, qualora non fossero sterili le possessioni, sulle quali avesse l' usufrutto, come dissi innanzi, dopo il principio di questa 25.ª questione principale.

LIV. Parimente, che si dirà del marito che ha il fondo dotale presso la strada pubblica da ristaurarsi? Di' come nella legge 4 § 1 *ff de impens.*, ed aggiungi ciò che dirò subito.

LV. Del pari, che di diritto, se alcuno abita in una casa gratuitamente? è egli forse tenuto alla ristaurazione della strada? rispondi, che sì, se la ristaurazione o purgazione si riferisce ad un vantaggio momentaneo; ma diversamente, se ad un perpetuo. Io stimo, che se la ristaurazione deve durare pel tempo nel quale può abitare gratuitamente (10*), egli sia obbligato, e no, se altrimenti.

LVI. Parimente, sarà alcuno tenuto a ristaurare la strada, se piuttosto che far ciò, vuol prima rinunziare alla casa che tiene presso quella? Vedi Baldo, e ciò che dissi prima circa il pozzo, e per le cose ivi esposte disciogli la presente questione.

LVII. Così pure si dimanda: che di diritto, se la pubblica strada non è distrutta per vetustà o per caso, ma perchè taluno la sconvolse coll' aratro, od altrimenti la distrusse? I vicini sono forse tenuti a ristaurarla? Rispondi che no; ma quegli solo che la distrusse.

LVIII. Ma che, se questi non può pagare? Rispondi, che allora saranno tenuti i

(4) *Et ita vult d. l. 3. § 1. et ita tenet Bart. in d. l. Aediles ff. de via publ.*

(5) *Per d. l. 3. § 1. et quod ibi Bart. et An-*

Digitized by Google

gloss. est sing. et non est alibi. Item adde, quia saepe dictum est, quod quis tenetur reficere viam in civitate vel burgo. Nam intelligitur quatenus protendit latitudo domus suae (1), *vel quatenus protendit latitudo cujuscunque fundi, qui sit in civitate vel burgo versus dictam viam public.* (2). *Et dixi, cujuscunque fundi: quia quicunque fundus sit in civitate vel burgo, idem juris est, sive sit domus, sive stabulum, sive hortus, et sive sit fundus rust. sive urb. quoniam in urbe et in burgis potest esse fundus rusticus: quia non locus, sed materia facit praedium urbanum* (3).

LIX. *Quaero* 26. *aliquis vult reficere viam public. an possit, et quomodo? de primo dic, licet aliquis faciat in publico, tamen potest* (4), *patet ex his quae dicta sunt in duabus quaestionibus praecedentibus. Et nedum quis potest viam public. reficere, sed etiam purgare, quod est refectionis portio* (5).

LX. *Quod not. pro statutis loquentibus de refectione viae, ut comprehendatur etiam purgatio sicut est auferre lutum ex via publ. Et purgare proprie dicitur, ad libramentum proprium redigere, sublato eo quod superest. Et libramentum capitur pro modo et pulchritudine* (6), *et ex eo quod dictum est sublato eo quod super est.*

LXI. *Not. quod ille qui tenetur purgare viam, non sufficit si auferat lutum ex via public. in medio, et projiciat in partibus vel in lateribus viae, quoniam tenetur in totum rem auferre de via* (7). *Item etiam reficere dicitur, et qui aperit, et qui purgat: et omnis omnino, qui in pristinum statum reducit* (8). *De secundo dic, quod ille qui vult reficere viam publicam, debet ad veterem latitudinem restituere* (9), *et non debet latiorem, neque longiorem, neque altiorem, neque humiliorem sub nomine refectionis facere, nec in via terrenam glaream ponere, aut sterne-*

vicini, come dice una glossa singolare, che non è altrove. Del pari aggiungi, che spesso fu detto, che ciascuno è tenuto a ristaurare la strada nella città o nel borgo, intendendosi, per quanto si protende la larghezza della sua casa, o la larghezza di ciascun fondo, che sia in città od in borgo, presso la detta strada pubblica. E dissi di ciascun fondo, perchè ciascun fondo, sia in città od in borgo, giuridicamente è lo stesso, cioè tanto se è una casa, quanto se una stalla, un orto, un fondo rustico od un urbano, avvegnachè il fondo rustico può essere sì in città, che nei borghi, dacchè non è il luogo, ma la materia che fa urbano il fondo *(cc)*.

LIX. Dimando in ventesimosesto luogo: Certuno vuole ristaurare la strada pubblica; lo può forse, ed in qual modo? Primamente rispondi, che sebbene faccia alcunchè nel pubblico, nondimeno lo può; lo che si fa manifesto per ciò che fu detto nelle due precedenti questioni. E non solamente ciascuno può ristaurare la strada pubblica, ma può anche mondarla, ciò che è parte di ristauramento.

LX. E questo dee notarsi in riguardo agli statuti, che parlano del ristauramento della strada, onde in esso sia compreso anche il purgamento, com'è il togliere il fango dalla strada pubblica. E purgare si dice propriamente il ridurre ad uguaglianza conveniente, tolto via ciò che resta. Ed uguaglianza poi si prende per modo di essere e per bellezza, da ciò che si disse: tolto via ciò ch'avanza.

LXI. E qui nota, che quegli ch'è tenuto a purgare la strada, non soddisfa al suo obbligo soltanto col torre il fango dal mezzo della pubblica strada e gettarlo nelle parti o da lato, ma deve invece torlo del tutto dalla strada. Così pure si dice che ristaura, tanto chi apre, quanto chi purga, e ciascuno che totalmente riduce la cosa allo stato pristino. In secondo luogo rispondi, che quegli che vuole ristaurare la strada pubblica, deve restituirla alla sua antica larghezza, nè può farla più larga, nè più alta, nè più bassa, sotto specie di ristaurarla, nè porre in essa terra invece di ghiaja,

Digitized by Google

in effectu sub specie refectionis non potest quis viam deteriorem facere impune: imo prohibendus esset (1), *ubi praedicta verba declarantur.*

LXII. *Quaero* 27. *si quis vult reficere viam publ. et ab alio impeditur, qua actione agetur contra impedientem? Dic interdicto de via publ. reficiendo, et istud interdictum perpetuo datur et omnibus, et in omnes, et habet condemnationem in id quod actoris intererit* (2).

LXIII. *Quaero* 28. *ad hoc ut istud interdictum competat contra impedientem reficere viam quae sint necessaria: et Rof.* (3) *dicit quod quatuor sunt necessaria. Primum est, quod via illa sit public. vel iter public. Secundum, quod aliquis velit reficere. Tertium, quod reficiendo non mutetur status primitivus viae public. Quartum, quod alius te impediat volentem reficere vel purgare viam publ.* (11*). *Et haec quatuor probantur* (4).

LXIV. *Quaero* 29. *quomodo debeat formari libellus in isto interdicto? et Rofr.* (5) *dicit, quod debet formari sic: Coram vobis, etc. compareo ego Titius, conqueror de Sempronio: quia me volentem reficere, vel purgare viam publicam vel locum publicum, me prohibuit, et peto interesse pro tali violentia vel injuria, et ago contra ipsum: et ad hoc propono actionem in factum subrogatam in loco interdicti de via publica vel itinere public. reficiendo: vel ipsum interdictum* (6). *Si autem propter illam refectionem vertitur specialis et propria utilitas actoris, potest libellum concipere modo praedicto: et ei addere sic. Et quia interest mea specialiter propter domum meam non esse prohibitum: ideo illud meum interesse peto, et ad hoc propono interdictum praedictum, vel praedictam actionem in factum subrogatam in loco ejus: et quod tale interesse possit peti,* dixi supra in quaest. 27. in fin.

LXV. *Quaero* 30. *quomodo debeant formari positiones actoris, et rei in isto*

(1) *Ut d. § si quis in specie. et ibi etiam vide per gloss. et Dd.*
(2) *Ut d. l. 1. § fin.*
(3) *In libellis suis in tit. si aliquis vult reficere viam publ. alias in rubr. de interdicto si via publ. reficitur in prin.*

strada. Ed in vero nessuno può sotto colore di ristaurare rendere impunemente deteriore la strada; anzi gliene potrebbe venir fatta proibizione, come dicono i testi *(dd)*.

LXII. Dimando in ventesimo settimo luogo: se alcuno vuole ristaurare la pubblica strada, e n'è impedito da un altro, con quale azione si agirà contro l'impediente? Rispondi: coll'interdetto della strada pubblica da ristaurarsi, il quale vien dato in perpetuo ed a ciascuno, e contro ciascuno, e reca la condanna di risarcimento verso l'attore.

LXIII. Dimando in ventesimottavo luogo, quali cose sieno necessarie affinchè questo interdetto competa contro di chi impedisce ristaurare la strada? Roffredo dice, che abbisognano quattro cose. Prima, che la strada od il passaggio sia pubblico. Secondo, che alcuno voglia ristaurare. Terzo, che col ristaurare non si muti lo stato primiero della pubblica strada. Quarto, che un terzo impedisca te, che vuoi ristaurare o purgare la pubblica strada (11*). E queste quattro cose sono provate da' testi.

LXIV. Dimando in ventesimonono luogo, come si debba formare il libello in questo interdetto? Roffredo dice che si deve formare così: *Alla presenza di voi comparisco io Tizio, e mi dolgo di Sempronio, perchè mi proibì di ristaurare o purgare la strada pubblica od il luogo pubblico; e chieggo risarcimento per tale violenza od ingiuria; ed agisco contro di lui. A tale scopo propongo l'azione in fatto, sostituita all'interdetto della strada o del passaggio da ristaurarsi; oppure lo stesso interdetto.* Se poi in quel ristauramento è involto lo speciale e proprio vantaggio dell'attore, si può formare il libello nella maniera suddetta, aggiungendovi quanto segue: *E siccome importa a me specialmente, rispetto alla mia casa, di non essere impedito, così dimando il risarcimento che mi spetta, ed a tal uopo propongo il suaccennato interdetto, o la predetta azione in fatto, surrogata ad esso.* E che tale risarcimento si possa chiedere, l'ho già detto sopra nella questione 27.ª in fine.

LXV. In trentesimo luogo dimando, come debbano esser fatte le posizioni dell'attore e del reo in questo interdetto? Rispon-

(4) *In d. l. 1. ff. de via publ. et iti. publ. refic.*
(5) *In titul. prae. alleg.*
(6) *Ut l. 1. ff. eod. tit.*

Digitized by Google

interdicto? et dic quod positiones actoris ita formari debent: Ego Titius dico quod via illa, locus ille, de quo quaestio, est publicus. Item quod locus ille, vel via illa indiget refectione. Item quod reficiendo antiquum statutum retinebam. Item quod me prohibuisti, et adhuc prohibes, ista colliguntur, et probantur (1) *et patet ex supra dictis. Positiones vero rei sic formari possunt: Ego Sempronius dico, quod locus ille, de quo est quaestio, est Titii, et ponantur confinia ita, ut appareat ipsum non esse locum publicum. Item dico, si erat via publica, quod reficiendo volebas, et vis facere viam publicam latiorem, longiorem, altiorem, et humiliorem quam ante fuerat. Item quod Sejus tantum tibi intulit violentiam, unde ego Sempronius debeo absolvi: quia si tantum ille Sejus intulit violentiam, ergo nullus alius; et hae positiones ponuntur per Rofr.* (2), *et haec omnia quae dicta sunt* 25. *quaest. not. diligenter: quia ponunt materiam refectionis, et adduntur his quae dicta sunt supra* in lib., praeced. in titul. de refectione.

LXVI. *Quaero* 31 *quid si alignis ponit aliquid in via publica, vel aedificat, vel immittit eo casu quo non potest* (3), *quo jure agetur contra ipsum? Dic interdicto, ne quid in loco fiat* (4), *et istud interdictum proditum est ne quid in loco public. vel via public. vel itin. public. fiat: et si factum fuerit, quod tollatur, ut ibi: et sic istud interdictum ex prima parte est prohibitorium, ex secunda restitutorium* (5). *Vel secundum Joan. Andr. sunt duo interdicta. Unum prohibitorium, scilicet ne fiat. Aliud restitutorium, ut si factum fuerit, tollatur: ut not. Rofr. in libellis suis in titul. de interd. ne quid in loco publico.*

LXVII. *Quaero* 32. *sive sit unum interdictum, sive duo, quae sint necessaria ad*

di, che le posizioni dell' attore debbono essere formate così: *Io Tizio dico, che quella strada o quel luogo, del quale si questiona, è pubblico. Parimente, che quella strada o luogo abbisogna di riparazione. Parimente, che ristaurandola conserva il suo antico stato. Parimente che mi hai proibito di ciò fare, ed ancora mel proibisci.* Queste cose si raccolgono da' testi e sono provate, come è manifesto per ciò che fu detto innanzi. Le posizioni poi del reo possono venir fatte in questo modo: *Io Sempronio dico, che quel luogo, del quale si questiona, è di Tizio, e dimando che sieno posti i confini in guisa, che apparisca non esser pubblico. Parimenti dico, che, se era strada pubblica, tu volevi e vuoi col ristaurarla renderla o più larga, o più lunga, o più alta, o più bassa di quella, che innanzi fosse stata. Parimente, che Sejo soltanto ti fece violenza, ond' io Sempronio devo essere assolto; perchè se il solo Sejo ti fece violenza, dunque nessun altro te ne fece.* Queste posizioni sono esposte da Roffredo. Nel quale proposito nota con diligenza tutto ciò che fu detto nella 25. questione, perchè serve a stabilire la materia del ristauramento; ed aggiungi quello che dissi prima nel capo *della ristaurazione* (*ee*).

LXVI. In trentesimoprimo luogo dimando: Che di diritto, se alcuno pone qualche cosa sulla strada pubblica, o fabbrica, od immette quando non può? con quale diritto si agirà contro di lui? Rispondi: coll'interdetto: *che non si faccia alcunchè nel luogo*, e questo interdetto è concesso affinchè non sia fatto alcunchè di nuovo nel luogo, o nella strada, o nel passaggio pubblico; e se fosse fatto, onde sia tolto; e però questo interdetto nella prima parte è proibitorio, nella seconda restitutorio. Oppure, secondo Giovannandrea, sono due interdetti; uno proibitorio, onde non sia fatto; l'altro restitutorio, onde se fosse fatto, venga tolto: come nota Roffredo ne' suoi libelli.

LXVII. In trentesimosecondo luogo dimando: sieno uno oppur due interdetti

cundum, quod ponatur aliquid in loco publico vel via publica (1), *et in hoc tu adde etiam, quod licet non aedificem in via, sed aedificem in meo: dum tamen aedificium in meo factum noceat in via, sufficit, ut habeat locum hoc interdictum* (2). *Tertium, quod non sit appositum de licentia principis vel alterius habentis ad hoc potestatem* (3). *Quartum, quod si est positum cum licentia principis vel alterius, fiat deterior* (4). *Quintum, quod iste qui agit hoc interdicto, non habeat aedificium in publico sine licentia superioris: alioquin non aget* (5). *Sextum, quod id quod est positum, statim noceat vel nocere possit* (6), *et ibi declaratur quando via dicatur fieri deterior. Septimum, quod ad hoc ut tollatur, necesse est ut noceat aedificium: et si melius sit non tollere, ne urbs ruinis deformetur, non tollere, dico, nisi publicus usus impediatur* (7). *Item si non tollitur per interdictum, tollitur tamen officio judicis* (8). *Octavum, quod locus publicus fiat deterior, et tunc locum habet interdictum: sed si esset locus privatus alterius, tunc haberet locum utile interdictum* (9). *Nonum et ultimum sufficit quantum ad hoc, ut habeat locum interdictum, sive ipse posuit, sive ab alio positum sit* (10). *Sed contra praedicta opponitur, et videtur quod aliquo modo non habet locum hoc interdictum. Nam licitum est cuilibet aedificare et immittere in loco public.* (11). *Sol. verum est quando ponuntur statuae, sed non in loco publ. vel si sunt positae in loco publico, non impediebatur locus publicus: et ideo quod positum est, tunc non removetur.*

sti. Secondo, che sia posto alcunchè nel luogo pubblico o nella strada pubblica, e circa questo aggiungi ancora, che sebbene io non fabbrichi nella strada, ma nel mio, tuttavolta se l' edificio fatto nel mio nuoce alla strada, ciò basta, perchè abbia luogo tale interdetto. Terzo, che non sia posto con licenza del principe, o di altri avente potere di far ciò. Quarto, che se vien posto con licenza del principe o di altri, la strada diventi peggiore. Quinto, che quegli che agisce con questo interdetto, non abbia edificio nel pubblico senza licenza del superiore; altrimenti non può agire. Sesto, che ciò ch' è posto, nuoccia subito o possa nuocere. Settimo, che l' edificio nuoccia, affinchè sia tolto; e se meglio è che non sia tolto, onde la città non si deformi con le ruine, non si deve togliere, purchè non impedisca all'uso pubblico. Parimente, se non vien tolto coll' interdetto, tuttavia vien tolto coll' ufficio del giudice. Ottavo, che il luogo pubblico si faccia deteriore, ed allora ha luogo l' interdetto; ma se fosse luogo privato di altri, allora avrebbe luogo l' interdetto *utile*. Nono ed ultimo, perchè competa l' interdetto basta che egli stesso abbia posto, o sia stato posto da altri. Ma contro le predette cose si oppone e sembra, che in alcun modo non abbia luogo questo interdetto. Imperocchè a chiunque è lecito fabbricare od immettere nel luogo pubblico. Il che è vero soltanto quando si pongono statue, ma non nel luogo pubblico, oppure se sono poste in esso, quando non impediscano il detto luogo pubblico, e perciò allora quando fu posto, si lascia stare.

LXIX. *Quaero 33. quomodo formetur libellus in hoc interdicto, quando quis aedificavit in via publica vel aliquid immisit: vel aedificare aut immittere vult: et in hoc duo casus principaliter sunt de per se considerandi. Primus est, quando ex hoc laeditur via publica, vel iter publicum. Secundus est quando propria utilitas tantum laeditur: puta quia lumina tua ob-*

LXIX. Dimando in trentesimoterzo luogo, in qual modo si formi il libello in quest' interdetto, quando taluno fabbricò nella strada pubblica, o v' immise qualche cosa; oppur vuole fabbricare in essa od immettere. E in questo proposito due casi principali meritano considerazione. Primo, quando per ciò si lede la strada pubblica, o il pubblico passaggio. Secondo, quando vien

Digitized by Google

via publica, et petitur quod non immittatur vel fiat. Alio modo, quando id quod in publica factum est, petitur ut tollatur. Primo modo potest sic formari libellus secundum Rofr. (1). *Coram vobis, etc. compareo ego Titius, et dico, quod talis vult ponere in via public. cujus tales sunt confines, tale quid, propter quod via publica deterioratur vel deformatur, puta faciendo pontem: unde peto ipsum prohiberi ne ponat: ad hoc propono actionem in factum surrogatam in locum interdicti, ne quid in loco publico. Sed vide quod ista forma libelli non est bona: quia per hoc agitur ad interesse* (2), *quod interesse non potest esse, cum nihil factum sit, et agatur, ut non fiat. Et propterea dicit Barthol.* (3), *quod istud interdictum non potest proponi, nisi quando aliquis incepit aedificare, ita quod habet aliquid instar operis* (4), *ideo tunc potest agi ne fiat ad interesse, pro eo quod factum est. Et ita debet intelligi d. § hoc interdictum, et ista materia* (5), *debes formare libellum isto modo: Dico quod talis incipit aedificare in tali via publica seu in tali loco public o propter quod via publica fit deterior, vel iter publicum deterius: quare peto ipsum prohiberi istud opus facere, et cogi ad cavendum ne fiat, et ipsum condemnari ad interesse meum, pro eo quod factum est: ut probatur* in d. § hoc interdictum, et in § si quis nemine. in d. l. 2. ne quid in loco publico. *Et de ista cautione vide text. cum gloss.* (6). *Alio modo quando quis aedificavit, et unus vult petere ut aedificium vel immissum in via publ. tollatur, potest sic formari libellus: Coram vobis, etc. compareo ego Titius, et dico quod Sempronius posuit tale quid in via publica, propter quod est effecta deterior vel deformata: quare peto cum cogi et compelli ad tollendum et restituendum: et ad hoc propono dictam actionem in factum, etc. In secundo casu principali, quando ex aedificio vel immisso in loco publico laeditur*

nella strada pubblica, si dimanda che non lo faccia, o non venga immesso. Secondamente, si dimanda che venga tolto ciò che fu fatto nel pubblico. Nella prima maniera il libello, secondo Roffredo, può esser formato così: *Alla presenza di voi ecc. comparisco io Tizio, e dico che il tale vuol porre nella pubblica strada, della quale tali sono i confini, certochè, per cui essa si deteriora o si deforma, a mo' d'esempio, vuol fare un ponte. Laonde chieggo che gli sia proibito di porlo, ed a tal uopo propongo l'azione* in factum *sostituita all' interdetto* ne quid in loco publico. Ma guarda che questa forma di libello non è buona; perchè con essa si agisce per risarcimento; il quale non può aver luogo, mentre niente fu fatto, e si agisce appunto perchè non si faccia. E però dice Bartolo, che quest' interdetto non si può proporre, se non allorquando taluno cominciò a fabbricare, così che esista alcunchè a foggia di opera, perchè allora si può agire onde non sia fatto più oltre, e pel risarcimento rispetto a ciò che fu fatto. In tal modo dev' essere inteso il § *hoc interdictum* della legge 2 *ff. ne quid in loc. publ.*, e questa materia. Laonde, secondo Bartolo, dovrai formare il libello a questa guisa: *Dico, che il tale comincia fabbricare nella tale strada o luogo pubblico, in modo che questo diventa deteriore, o il passaggio pubblico resta impedito. Per la qual cosa dimando, che gli sia proibito di fare tale opera, e sia costretto a mallevare di non farla, e sia condannato a risarcirmi per ciò che fece.* Nell' altro modo, quando alcuno fabbricò, ed un altro vuol chiedere che sia tolto dalla strada pubblica ciò che fu fabbricato od immesso, il libello può essere formato così: *Alla presenza di voi, comparisco io Tizio, e dico che Sempronio pose alcunchè nella pubblica strada, per cui divenne peggiore o deforme. Perciò chieggo ch'ei sia costretto e compulso a torre e restituire in pristino: e a tale scopo propongo la detta azione* in

Digitized by Google

tius contra et adversus Sempronium: et dico quod ipse tale quid in ponte vult ponere, vel posuit, vel in via publica, vel in loco publico cujus tales sunt confines, et quod lumina mea obscurantur: unde ne id fiat ago contra ipsum: intelligendo secundum quod dixi supra, secundum Barthol. vel si jam fecit, dicas, Ago quod removeatur, et ad id propono utile interdictum ne quid in loco publico. Et dixi utile interdictum, et non directum (1). *Sed contra istam ultimam formam libelli opponitur et videtur, quod non possit de jure agi. Nam lumina tua possum obscurare* (2). *Sed responde secundum Rofr.* (3) *quod lumen quod habeo a tuo loco privato, potest obscurari, cum non debeas servitutem, ut dictis juribus. Sed si habeo a loc. pub. lumen, secus est: quia tunc obscurari non potest* (4), *quod est notandum. De hoc tunc intellige, quando vis tollere mihi lumen quod habeo ex publico, aedificando in loco publico quia tunc non potes dare mihi damnum etiam habita licentia a principe: quia illa licentia intelligitur sine damno* (5). *Sed si aedificares in loco tuo proprio non debente mihi servitutem, potes mihi auferre lumen, quod habetur etiam ex publico* (6), *quod bene not. Et addas his quae dicta sunt in lib. praeced. in materia servitutis luminum, et ne luminib. officiatur. Sed adverte quia Bart.* (7) *ponit aliter materiam libelli: Nam dicit quod debet sic formari. Dico contra talem, quod ipse habet et tenet tale aedificium, quod est factum in via publica: propter quod dicta via sit deterior in tanta quantitate, et est verisimile me damnificari in futurum in tantum: quare peto ipsum condemnari ad tollendum ipsum opus, et ad restituendam ipsam viam in pristinum statum, et ipsum mihi condemnari ad quantitatem praedictam: cum tantum intersit mea dictum opus factum non esse: et quatenus mea interesset pendente judicio: et haec forma procedit, si is tenet aedificium in via publica, qui fecit. Sed si tenet alius tunc debet concludi aliter, videlicet quod potest praestare pa-*

comparisco io Tizio contro ed in confronto di Sempronio; e dico, che lo stesso vuol porre o pose il tal che sul ponte, o nella strada pubblica, o nel luogo pubblico, del quale tali sono i confini, e che per ciò le mie finestre restano oscurate. Affinchè ciò non sia fatto, agisco contro lo stesso ecc. come sopra. E se già avesse fatto, dirai: « Agisco perchè sia rimosso, ed a tal uopo propongo l' utile interdetto *ne quid in loco publico.*» Dissi *utile* interdetto, e non *diretto*, perchè così vogliono i testi. Ma contro quest' ultima forma di libello viene opposto e sembra, che non si possa agire di diritto. Imperocchè in forza de' testi io posso oscurare i tuoi lumi. Al che rispondi, secondo Roffredo, che il lume ch' io derivo dal tuo luogo privato, può essere oscurato, non dovendomi tu servitù. Ma se traggo il lume da un luogo pubblico, altrimenti è la cosa; perchè allora non può venire oscurato; lo che è da notarsi. Intendi adunque, che l'ultima forma procede, quando vuoi tormi il lume che derivo dal pubblico, col fabbricare in luogo pubblico; perchè allora non puoi recarmi danno, tuttochè abbi avuto permesso dal principe, dovendosi questo intendere senza danno altrui. Ma se fabbricasti in un luogo tuo proprio, che non mi deve servitù, potresti tormi il lume, ancorchè lo derivassi dal pubblico. Il che nota bene, ed aggiungi a queste cose quello che ho detto nel libro precedente circa tale materia. Ed avverti, che Bartolo pone un' altra forma di libello, dicendo che dev' esser fatto a questo modo: « Dico contro il tale, ch' egli ha e tiene il tale edificio, ch' è costrutto nella pubblica strada, per cui questa si fa deteriore in tanta quantità, ed è verosimile che in avvenire io resti danneggiato di tanto. Per la qual cosa dimando, ch' egli sia condannato a tor via quell'opera, ed a restituire la detta strada nel suo pristino stato, nonchè a pagarmi la predetta quantità, perchè tanto è il danno recatomi da quell'opera, e quello che mi recherà durante la lite. » E questa forma va bene, se è l'avversario che tiene nella pubblica strada l' edificio che fabbricò. Ma se fosse un altro, allora converrebbe conchiudere altri-

Digitized by Google

tientiam destruendi operis: et quod condemnetur quatenus actoris interest pendente judicio, ex eo quod negat praestare dictam patientiam (1). *Alii dicunt secundum Bart. quod hoc operatur interesse totius populi, quod sibi non placet: quia secundum hoc non posset constitui procurator ab actore, quod est contra l. penult. sed pro interesse publico debet intentari actio a sindico communis, et hoc est quod dicit text.* (2), *et ideo refert se ad interesse actoris, non populi.*

LXX. *Quaero praeterea 34 loco, quomodo formari debeant positiones actoris et rei in hac materia, et in hoc interdicto? Et dic, quod positiones actoris sic formari possunt: Compareo et dico, quod via illa est publica, sive locus ille est publicus, cujus tales sunt confines et caet. Item quod aliquid immisisti vel vis immittere sine licentia principis vel superioris. Item quod licet princeps tibi concessit aedificare vel aliquid immittere in via publica vel loco publico per talem immissionem vel aedificationem, incommodatur usus meus seu domus mea. Item quod ego, qui ago hoc interdicto, careo aedificio posito in loco public. Item quod, id quod imposuisti vel imponere vis, nocet vel nocere potest loco publ. Item quod imposuisti vel vis imponere, est aliud quam domus. Item quod illa domus si quam aedificasti in public. nocet multum loco publico. Item quod supra locum public. pontem posuisti. Item quod opus factum in loco public. tu possides. Item quod tuum opus quod fecisti in loco public. lumen quod habebam in loco public. abstulit mihi. Positiones rei sic fieri possunt: compareo, etc. et dico quod locus ille vel via illa est vicinalis vel privata* (12*). *Item quod illud quod imposui vel imponere volo, feci cum authoritate principis, et ex privilegio. Item quod id quod imposui vel imponere intendo, cum privilegio, est sine incommodo alterius. Item quod tu qui proponis hoc interdictum, aedificasti in loco publico. Item quod id quod aedificasti est domus et sine fucam*

di distruggere quell'opera, e qualora si rifiutasse, si chiederà che sia condannato a risarcire quanto danno sentirà l'attore pendente la lite, per ciò che nega prestare la detta pazienza. Altri dicono, secondo Bartolo, che con ciò si opera il risarcimento di tutto il popolo, lo che ad esso non piace; perchè, giusta ciò, l'attore non potrebbe costituire un procuratore, la qual cosa ripugna alla legge; chè invece pel risarcimento del pubblico l'azione dev'essere intentata dal sindaco del Comune; lo che vogliono i testi, i quali perciò si riferiscono al risarcimento dell'attore, non già del popolo.

LXX. Inoltre dimando in trentaquattresimo luogo, in qual modo debbano esser formate le posizioni dell'attore e del reo in questa materia, ed in questo interdetto? Rispondi: che le posizioni dell'attore possono venir formate nel modo seguente: «Comparisco e dico, che quella strada o quel luogo è pubblico, che i suoi confini sono tali ecc. Del pari, che hai immesso, o vuoi immettere alcunchè, senza licenza del principe o del superiore. Parimente, che sebbene il principe t'abbia permesso di fabbricare od immettere qualche cosa nella strada o nel luogo pubblico, nulladimeno in forza di tale fabbrica od immissione l'uso mio o la mia casa resta incomodata. Del pari, ch'io, che agisco con quest'interdetto, sono privo di edificio posto in luogo pubblico. Parimente, che ciò che hai imposto o vuoi imporre, nuoce o può nuocere al luogo pubblico. Parimente, che ciò che hai posto o vuoi porre, è altra cosa che una casa. Parimente, che quella casa che fabbricasti nel pubblico, nuoce molto al luogo pubblico. Del pari, che hai posto un ponte sul pubblico luogo. Parimente, che tu possiedi un'opera fatta in luogo pubblico. Parimente, che l'opera che fabbricasti nel luogo pubblico, mi tolse il lume ch'io ritraeva dallo stesso.» — Le posizioni del reo possono poi esser fatte così: «Comparisco ecc., e dico, che quella strada o quel luogo è vicinale o privato (12*). Del pari, che quello che posi o voglio porre, l'ho posto con autorità del principe, e per privilegio. Parimente, che ciò ch'io posi ed in

Digitized by Google

dolo vel culpa. Item quod lumen tuum quod per aedificium obscuravi, habebas a loco meo privato: et de his positionibus habes per Rofr. in tit. si aliquis ponit in via public. alias est, de interdicto, ne quid in loco publico (1).

LXXI. *Quaero 33 dictum est supra in 8 quaest. quod est licitum regulariter ire per viam public. et agere et ducere plaustrum, quid si quis impediatur ab aliquo qui prohibere non potest, quo remedio et succurretur? Dic quod est proditum super hoc interdictum ut liceat ire vel agere per viam publ.* ut l. 2. § fin. ff. ne quid in loco publ. *et non reperitur alibi de isto interdicto, nisi ibi, secundum Rof. in tit. si aliquis vult ire per viam public. alias est in tit. de interdicto, ut liceat ire, agere per viam public. et de illo fit etiam mentio per gloss. in tit. ff. ne quid in loco public.; et ad hoc ut competat istud interdictum, ista sunt necessaria. Primum, quod via sit public. et qualiter dicatur via publica* (2). *Secundum, quod ille qui volebat ire, agere per viam public. prohibitus sit* (3); *si enim per viam privatam aliquis vult ire, agere debet negatoria* (4).

LXXII. *Circa istud interdictum primo quaero quomodo debeat formari libellus? Dic breviter. Ego dico quod talis me volentem ire agere, vel ducere tale quid per viam public. prohibuit et prohibet* (13*), *quare peto pronunciari, et ipsum cogi, quod me non prohibeat, et ad hoc propono interdictum, ut mihi liceat ire, vel ducere per viam public. vel actionem in factum subrogatam in locum ejus* (5).

LXXIII. *Secundo quaero, quomodo formentur positiones in hoc interdicto? dic breviter, quod positiones actoris sic formantur. Ego dico, quod talis via est publica. Item quod ibam per illam viam. Item prohibuisti, et me prohibes volentem ire, vel agere, vel tale quid ducere per illam viam public. Positiones rei sic fiunt e*

al pubblico od al privato. Parimente, ch' io cessai di possedere la fabbrica predetta senza dolo o colpa. Parimente, che tu derivavi la luce, che io t' ho oscurata coll' edificio, dal mio luogo privato. » E circa queste posizioni troverai pienamente in Roffredo (*ff*).

LXXI. In trentesimoquinto luogo dimando: Fu detto prima nell' ottava quistione, che di regola è lecito passare per la pubblica strada e condurre per essa il carro. Che di diritto, se alcuno viene impedito di ciò fare da un altro, che non può proibirglielo? Con quale rimedio verrà soccorso? Rispondi, che sopra ciò gli è dato l' interdetto *che possa andare e condurre per la pubblica strada*, in forza della legge 2 § *fin. ff. ne quid in loco publ.*, che, secondo Roffredo, non si trova in altri luoghi, e di cui fa menzione anche la glossa. E perchè competa questo interdetto, sono necessarie le seguenti cose. Primo, che la strada sia pubblica. Secondo, che quegli che voleva andare o condurre per la strada pubblica, ne sia stato impedito. Se poi alcuno vuole andare e condurre per la pubblica strada, deve agire colla negatoria.

LXXII. Intorno quest' interdetto primamente dimando: in qual modo debba essere formato il libello? Rispondi brevemente. « Io dico che il tale proibì e proibisce (13*) a me, che voglio andare e condurre per la via pubblica, di andarvi e condurvi. Perciò chieggo che sia pronunciato, dover esso cessare dall' impedirmelo, e sia forzato a desistere dall' impedimento. A tale scopo propongo l' interdetto che mi sia permesso di andare e condurre per la strada pubblica, oppure l' azione in fatto ad esso sostituita. »

LXXIII. In secondo luogo dimando: in qual modo si formino le posizioni in quest' interdetto? Rispondi brevemente, che le posizioni dell' attore si fanno in questo modo: « Io dico che la tale strada è pubblica. Del pari, che mi vietasti, e mi vieti di andare o condurre certochè per quella pubblica strada. » Al contrario le posizioni del reo si

cta, quid de his, qui colligunt pedagia ab his qui vadunt per viam public. an possint de jure prohiberi colligere, seu exigere per hoc interdictum, et Rof. in prae. allega. titul. dicit, quod credit quod sic. Impediunt enim euntes per viam public. unde faciunt contra jura, nisi habeant privilegium a principe (1). *Unde nec civitas per sua statuta, potest hujusmodi pedagia imponere* (2), *nec aliqui nobiles possunt impedire iter agentes, nisi habeant privilegium a principe: et a principe non debet concedi, nisi patria sit tenuis: quia tunc de facili conceditur privilegium* (3), *licet de facto contrarium faciant civitates, et nobiles et potentes, secundum eum: et de ista materia vide plene per Bart.* (4), *quae communiter non reperitur in lect. et per Bald.* (5).

LXXV. *Quaero quarto, quia saepe dictum est, quod agi potest pro via publica, an ad hoc per agentem possit constitui procurator: et in hoc distingue: Aut agitur pro privato commodo et interesse, et potest procuratorem constituere.* l. licet in popularibus in princip. D. de procurat. *ubi loquitur etiam de via publica, et not.* (6). *Aut agi pro commodo et interesse publico tantum: et tunc ante litem contestatam non potest: sed post sic* (7).

LXXVI. *Quinto quaero, nunquid pro tali causa possit accedere fidejussor? Distingue ut dictum est de procuratore* (8).

LXXVII. *Quaero 36 et ultimo, quomodo debeat libellus formari super via privata, quando dicitur, quod debetur servitus viae, vide per dom. Pet. Jac. de Sancto Miniano, in quadam sua summa seu practica, quam de libellis composuit anno 1311 a qua sumpsit originem practica novella Joan. Petr. de Papia, licet de ea non faciat mentionem: qui dicit, quod potest sic formari: Coram vobis comparet talis, etc. et dicit et proponit contra Martinum, ut cum dictus actor esset in quasi servitute viae per talem fundum Martini, et ad talem vineam ipsius actoris, dictus Marti-*

no le predette cose: che di diritto circa quelli, che raccolgono pedaggi da coloro che vanno per la pubblica strada? Può forse venir loro fatta proibizione di raccogliere o di esigere in forza di questo interdetto? Roffredo dice stimare che sì. Imperocchè impediscono coloro che vanno per la pubblica strada; onde agiscono contro diritto, se non hanno privilegio dal principe. Perciò nè la città, co' suoi statuti può imporre pedaggi di questa specie, nè gli altri nobili possono impedire il passaggio a' viandanti, qualora non abbiano un privilegio dal principe; nè questo può essere concesso dal medesimo, se non qualora il pedaggio sia tenue, perchè allora si può dare facilmente; benchè in fatto le città operino diversamente, e così pure i nobili ed i potenti. Circa questa materia vedi pienamente in Bartolo ed in Baldo.

LXXV. Dimando in quarto luogo, poichè spesse volte si disse che si può agire per la strada pubblica, se a tal uopo l'agente possa costituirsi un procuratore? In ciò distingui: O si agisce per il comodo ed interesse privato, e può costituirsi un procuratore per la legge *licet ff. de proc.* ove si parla eziandio della pubblica strada. O si agisce soltanto per il comodo ed interesse pubblico, ed allora innanzi la lite contestata, nol può; ma dopo, sì.

LXXVI. In quinto luogo dimando: forse per tal cagione può entrare un fideiussore? Distingui, come riguardo al procuratore.

LXXVII. Dimando in trentesimosesto ed ultimo luogo: in qual modo debba esser formato il libello circa la strada privata, allorchè si dice, ch'è dovuta la servitù della strada? Vedi Pier di Giacomo da Samminiato in certa sua *pratica*, che compilò intorno ai libelli nell'anno 1311, dalla quale trasse origine la *pratica nuova* di Giampietro da Pavia, benchè questi di essa non faccia cenno; il qual Pietro dice, che può esser formato così: «Alla vostra presenza comparisce il tale ecc. e dice e propone contro Martino, che essendo il detto attore in quasi-possesso della servitù di strada per il tal fondo di Martino ed alla tal vigna dello stesso attore, il detto Martino con violenza

(1) *C. nova vectig. institu. non poss. l. 1. 2. et 3. B. de vectiga. l. certum.*
(2) *C. nova vectig. instit. non posse. l. vectigalia.*
(3) *Ut l. 2. eod. titul.*
(4) *In d. l. vectig.*
(5) *In cap. 1. in titul. quae sint rega. in usib. feud.*
(6) *In l. si quis pro eo in fin. D. de fidejusso.*
(7) *Ut l. pen. D. de pign. act. et not. in d. l. si quis pro eod. in fi.*
(8) *Ut habetur per text. et gloss. et Dd. in d. l. si quis pro eo in fin.*

Digitized by Google

pus ipsum actorem per vim vel dolo malo dejecit de praedicta quasi sua possessione. Quare petit, ut dictam suam quasi possessionem restituat, vobis domino judici supplicando ut dictum reum ad restituendam dictam possessionem, vel quasi per vestram sententiam condemnetis: Vel dicas ita sicut hodie consuevit: Quare petit per vos, et officium vestrum, quod si inconsequenter expediat, principaliter implorat, quatenus denuncietis et declaretis ipsum Martinum teneri, et obligatum esse ad mihi restituendam dictam quasi possessionem (14*) *viae et ipsum cogatis, et remediis compellatis ad restituendam dictam quasi possessionem viae: et praedicta forma libelli procedit, quando quis est expulsus per violentiam de possessione vel quasi, et de expulsione viae principaliter conqueritur. Si autem principaliter de expulsione viae non conqueritur: sed quia impeditur, quod non possit uti libere via, quia in ea turbatur: tunc posset agere interdicto uti possit* (1), *et quia dixi quod etiam quando via turbatur, potest agi et intentari interdictum uti pos. quaero quomodo debet formari libellus hoc casu? et dicit dom. Petr. Jacobi* (2), *debet sic formari libell. Domine judex, ego conqueror de Petro: quia cum essem in quasi possessione servitutis viae per fundum Petri Puzi, cujus tales sunt confines, etc. et talem vineam ipse turbat, et impedit me, et vim mihi facit in praedicta quasi possessione, nec permittit me uti via privata* (15*). *Quare ago contra eum, et peto ne me in praedicta quasi possessione turbet, nec in ea vim mihi faciat vobis domino Marco judici supplicando, ut condemnetis ipsum Petrum Puzi, ut desistat a dicta turbatione et violentia: et quod de caetero amplius me non turbet* (3). *Quidam tamen dicunt secundum eum, quod iste libellus non procedit: quia pro servitute viae turbatae non competit interdictum* uti pos. *ex eo quia promissum est de ea tuenda specialiter per interdictum* de itin. actu. privat., *et isti dicunt, quod nec pro servitute aquaeductus competit interdictum* uti pos. *quia satis de hoc provisum est specialiter per interdictum* de aqua quoti. et aesti. et de rivis, et de fonte. *Nec etiam pro cloacis competit* (4), *quia specialiter est provisum per interdictum* de cloa. *et licet* d. l. pen. ff. de serv. *indistin-*

o per dolo malo espulse lo stesso attore dal predetto suo quasi-possesso. Per la qual cosa dimanda di essere restituito nel detto suo quasi-possesso, supplicando voi signor giudice, affinchè mediante sentenza condanniate il prefato reo a restituire il detto possesso o quasi-possesso » Oppur dirai così, come oggi si costuma: « Per la qual cosa chiede a voi, ed implora principalmente l'officio vostro, affinchè pronunciate e dichiariate essere il detto Martino tenuto ed obbligato a restituirmi il detto quasi-possesso (14*) della strada, e costringiate lo stesso, compulsandolo con rimedii opportuni, a fare tale restituzione. » Questa forma di libello ha luogo quando alcuno è cacciato per violenza dal possesso o quasi-possesso, e principalmente si lagna della espulsione dalla strada. Se poi non si dolga principalmente della espulsione dalla strada, ma perchè è impedito di usare liberamente di essa, essendo turbato, allora potrebbe agire coll'interdetto *Uti possidetis*. E poichè ciò può fare, dimando in qual modo debba essere in questo caso formato il libello? Messer Pietro di Giacomo dice, che dev' esser formato così: « Signor giudice, io mi dolgo di Pietro, perchè essendo io in quasi-possesso della servitù di strada pel fondo di Pietro Puzzi, del quale i confini sono i tali, e per la tale vigna, egli turba ed impedisce me, e fammi violenza nel detto quasi-possesso, nè mi permette di usare della strada privata (15*). Per la qual cosa agisco contro di lui, e dimando, ch'egli non mi turbi più nel detto quasi-possesso, nè che più mi faccia violenza, supplicando voi signor Marco giudice, affinchè condanniate lo stesso Pietro Puzzi a desistere dall' accennata turbazione e violenza, ed a non più turbarmi del resto in futuro. » Ciò non di meno alcuni dicono, secondo lui, che questo libello non procede, perchè a difesa della servitù della strada non è dato l'interdetto *Uti possidetis*, dacchè per tutelarla specialmente è concesso l' altro interdetto *de itinere actuque privato*. E soggiungono, che l' interdetto *Uti possidetis* non compete neppure per la servitù d' acquidotto, perchè intorno ad essa è bastantemente provveduto cogl' interdetti *de aqua quotidiana et aestiva, de rivis*, e *de fonte*; come neppure compete per le cloache, perchè ad esse è specialmente provveduto coll' interdetto *de cloacis*, e sebbene la legge penultima *ff. de*

(1) *Juxta not. in l. 1. C. uti pos. Et vide circa praedicta quae not. Barthol. in l. si prius. D. de nov. oper. nunc et not. per Dd. in § sequ. Institut. de actio.*

(2) *In sua practica, in tit. super servitute viae principaliter turbatae.*

(3) *Ut probatur in l. pen. D. de serv.*

(4) *D. uti pos. l. 1. in prin.*

Digitized by Google

cte dicat, quod pro servitute viae, et pro aliis servitutibus competunt interdicta quasi possessoria : attamen glo. ibi exemplificat de itine. actuque privat. Sed praefatus dom. Petr. Jacobi (1), *quod videtur posse dici contrarium : videlicet quod imo etiam interdictum* uti pos. *competat pro servitute viae ; quia* l. pen. D. de serv. *indistincte loquitur, scilicet quod competunt interdicta quasi possessoria : ergo indistincte debent intelligi etiam de interdicto* uti pos. *et similiter glossa etiam in fin. loquitur indistincte* (2). *Nec videtur secundum eum, quod de jure una actio seu unum interdictum tollat aliud, nisi materia sic aperte ordinaret expresse contrarium, sicuti expressè dixi, quod pro cloaca non competit interdictum* uti poss. (4) *Bart. autem* (3) *an pro servitutibus competat interdictum* uti poss. *utile distinguit. Nam quaedam servitutes quae habent causam continuam, et pro illis competit istud interdictum utile,* uti poss. (5). *Quaedam sunt servitutes quae non habent causam continuam, ut iter et actus, et pro istis non competit hoc inter dictum, sed recurrimus ad interdictum* l. 1. ff. de itinere actuque privato. *Et Bart. in effectu tenet opin glo.* (6) *scilicet quod pro servitute viae turbatae non competat interdictum* uti possidetis *etiam utile, sed interdictum* de itinere actuque priv. *quod not. scilicet ut scias forma libellum, quando turbatur in possessione servitutis viae vel alterius servitutis.*

serv. dica, che per la servitù della strada e per le altre competono gl' interdetti quasi-possessorii, nondimeno ivi la glossa esemplifica circa il passaggio e la condotta privata. Ma il predetto messer Pietro di Giacomo dice, che sembra potersi dire l'opposto, cioè, che anzi l' interdetto *Uti possidetis* competa per la servitù della strada; perchè la citata legge penult. *ff. de serv.* parla indistintamente, cioè, che competono gl'interdetti quasi-possessorii; dunque indistintamente si deve intendere compreso anche l'interdetto *Uti possidetis;* e similmente la glossa in fine parla senza distinguere. Nè pare, secondo lui, che di diritto un' azione od un interdetto tolga l' altro, se non allorquando la materia apertamente ed espressamente richiedesse il contrario, come dissi chiaramente che l' interdetto *Uti possidetis* non compete per la cloaca. Bartolo poi, ricercando se per le servitù competa tale interdetto, distingue così: Vi sono alcune servitù che hanno una causa continua, e per esse compete l' interdetto utile *Uti possidetis.* Vi sono poi altre servitù, che non hanno una causa continua, come il passaggio e la condotta, e per queste non compete tale interdetto, ma si adopera invece l' interdetto *de itinere actuque privato.* Ed in effetto Bartolo segue l' opinione della glossa, cioè che per la servitù della strada turbata non competa nemmeno l'interdetto utile *Uti possidetis,* ma il detto interdetto *de itin. act. priv.* Locchè deve notarsi, affinchè si conosca la forma del libello, quando veniamo turbati nel possesso della servitù della strada o di un' altra servitù (*gg*).

(1) Dicit *in loco praeallegato.*

(2) *L.* 1. *in princ. D. uti poss. et in l.* 1. § *fin. D. de superfic.*

(3) *Ut d. l. in princ. D. uti poss.*

(4) *In d. l.* 1. *in princ. in hoc articul.*

(5) *Ut d. l. penult. D. de servit. et d. l.* 1. *in fin. D. si serv. vend. et l. et forte.* § *sciendum eod. titul. et l. arbor. D. communi divi.*

(6) *In d. l. penul.*

(a) *Interrup.* Interruptio ita fit contra praescriptionem rei incorporalis, puta jurium per lit. cont. et alios modos aptos interruptioni, sicut rerum corporalium (1). Et an interruptio praescriptionis fiat per missionem in possess. ex causa judicati: et an qui mittitur ex causa judicati, possideat, dic *ut per Bart.* (2).

(a) *Interruzione.* L' interruzione ha luogo contro la prescrizione di una cosa incorporale, esempigrazia, dei diritti, mediante la lite contestata ed altri modi atti ad interrompere, come nelle cose incorporali. E sul quesito, se l' interruzione della prescrizione si faccia mediante l' immissione in possesso in causa del giudicato, e se chi è immesso per tal cagione, posseda, rispondi come Bartolo.

(1*) *Licentia.* An licentia de actu requisita suf-

(1*) *Licenza.* Se la licenza ricercata circa un

Digitized by Google

(3*) *Jurisdictio.* Jurisd. tollitur contraria consuetudine et praescriptione: ita dicit Innoc. (5) et an jurisdictio quaeratur et probetur ex consuetudine, vide Corneum (1). Et jurisdictio delegata an sit odiosa et restringenda (2). Et jurisdictio judicis an possit prorogari tacito consensu partium (3), et vide Alexander (4), quando in usu jurisdictionis plures domini ejusdem castri non concordant, quid sit agendum, Alexan. (5); an unum cast. possit dividi inter duos, et quid in pluribus cast.

(4*) *Collatera.* Si ex forma statuti proximiores collaterales possunt offerre pretium intra mensem a die publicati contractus, et consequi rem venditam: quando incipiat currere terminus illius mensis, vide Alexan. (6).

(5*) *Aliquis lega.* Si relinquitur una res, an censeatur relictum id quod in ea continetur, vide Corneum (7): quae veniant in venditione domus vel fundi, vide Alexan. (8).

(6*) *Actionem in factum.* Actio in factum datur, quando cessat dolus, et subest culpa (9).

(7*) *Concessio.* Concessio videtur facta de toto jure concedentis (10).

(8*) *Mun. real.* Munera realia, quae sunt vide Bart. (11).

(8*) *Collecta.* Collecta bonis mobilibus et stabilibus potest imponi (12).

(10*) *Gratis.* Habitans gratis in domo an teneatur ad refectionem vel purgationem viae? Respond. Bartholus (13), quod sic. Et vide supra de servitu. urban. *cap.* 39; tamen in purgatione momentanea, non in perpetua.

(11*) *Viam publ.* Via debet purgari a vicinis habentibus domos (14): et via purgari dicitur, quando in totum tollitur lutum, non quando ponitur juxta viam (15).

(12*) *Vicinalis vel privata.* Via vicinalis est, ad quam faciendam vicini de proprio contribuunt: vel quae in vicos ducit (16). Et quae privatae et publ. quae dicantur (17), quod publica dicitur ea, cujus solum est publicum: alias dicitur privata.

(13*) *Prohibuit et prohibet.* Prohibitio acquirit possessionem prohibenti ex non fieri (19).

(14*) *Quasi possessionem.* Quasi possessio juris vel servitutis quaeritur per patientiam etiam violentam (19).

(15*) *Uti via priv.* Uti quomodo ponatur, vid. *Bartholus* (20).

(1) *In cap. ad nostram. in fin. de app.*
(2) *Consil.* 268. *in* 3 *volum.*
(3) *In* 4 *volum. cons.* 30.
(4) *In volum. consil.* 68. *et in* 4. *vol. consil.* 35. *et in* 5. *vol. consil.* 1. *in* 1. *colu. in prin.*
(5) *In* 5. *vol. consil.* 25. *vers. non obstant, et ibi in seq. col.*
(6) *In* 4. *volum. consil.* 24. *per totam.*
(7) *In* 3. *volum. consil.* 73.
(8) 2. *volum. consil.* 134. *in* 3. *et* 4. *vol. et consil.* 220 *per totum.*
(9) *L. eleganter.* § *idem Labeo. et ibi Bart. de dolo.*

(3*) *Giurisdizione.* La giurisdizione si toglie colla consuetudine contraria e colla prescrizione. Così dice Innocenzo. — Se poi la giurisdizione s'acquisti e si provi colla consuetudine, vedi Corneo. Così pure se la giurisdizione delegata sia odiosa e debba restringersi; e se quella del giudice possa essere prorogata per tacito consenso delle parti, vedi Alessandro. Quando più signori di un medesimo castello non vanno d'accordo nell'uso della giurisdizione, che deve farsi? Vedi Alessandro; e così pure vedi in esso, se un castello si possa dividere fra due, o che se si tratta di più castelli.

(4*) *Collaterale.* Se pel tenore dello statuto i prossimiori o collaterali possono entro un mese dal dì del pubblicato contratto offrire il prezzo e conseguire la cosa venduta; quando comincia a decorrere il termine di quel mese? Vedi Alessandro.

(5*) *Alcuno lega.* Se vien lasciata una cosa, si reputa lasciato ciò ch' essa contiene? Vedi Corneo. Quali cose vengano nella vendita della casa o del fondo, vedi Alessandro.

(6*) *Azione in fatto.* L' azione in fatto vien data, quando cessa il dolo, e la colpa sottentra.

(7*) *Concessione.* La concessione sembra fatta di tutto diritto del concedente.

(8*) *Doni reali.* Quali sieno, vedi Bartolo.

(9*) *Colletta.* La colletta può essere imposta ai beni mobili e stabili.

(10*) *Gratuitamente.* Chi abita gratuitamente una casa, è forse tenuto a ristaurare o purgare la strada? Bartolo risponde che sì. Vedi sopra circa le servitù urbane, cap. 39. Tuttavia ciò vale pel purgamento momentaneo, non già pel perpetuo.

(11*) *Strada pubblica.* La strada dev' esser pulita dai vicini, che hanno casa sulla stessa. E si dice purgare la strada, quando si toglie da essa il fango totalmente, non già quando si pone da lato.

(12*) *Vicinale o privata.* Vicinale è quella strada, per far la quale i vicini contribuiscono del proprio; o quella che adduce ai borghi. Quali si dicano private e pubbliche, vedi nei testi; e si dice pubblica quella, il di cui suolo è pubblico; altrimenti si dice privata.

(13*) *Proibì e proibisce.* La proibizione acquista il possesso al proibente mediante il non farsi.

(14*) *Quasi-possesso.* Il quasi possesso del diritto o della servitù si acquista colla pazienza anche violenta.

(15*) *Usare della strada privata.* L' usare in qual modo si ponga, vedi Bartolo.

functo. ult. col. in prin. ver. modo. quaero, dictat statutum C. ad Tert.
(13) *In l. aediles D. de via publ.*
(14) *Juxta eam l.* 2. *et ibi Barthol. et Dd. de via publ.*
(15) *L.* 1. § *purgare, de via publ. et per Alex. in l.* 2. *eod. tit. et quod not. in l.* 2. *C. de immun. ne. conc. lib.* 10.
(16) *L.* 2. § *vicinales. D. ne quid in loc. publ.*
(17) *D. l.* 2. *praetor, et* § *via D. ne quid in loc. publ.*
(18) *L.* 2. *C. de servit. Bald. in l. libertati.* 1.

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO III.

(*a*) Qui il Cipolla definisce la servitù rustica *viae* del diritto romano.

Ed io parlo del passaggio con carro, che pel Codice austriaco è il terzo dei modi della servitù di passare in generale pel fondo altrui.

Intorno a questo modo di servitù mi riferisco in quanto al Codice Napoleone a quanto ho detto ai n. 12 e 13 dell' annotazione *n* al Capo I del presente trattato.

La definizione secondo il Codice austriaco del suddetto terzo modo di servitù, la opinione ch' esso non comprenda veramente in sè gli altri due modi del passare a piedi e del condurre bestie, e le differenze tra il passaggio con carro e quello a piedi, e la condotta di bestie, formarono anch' esse soggetto dell' annotazione *a* n. 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9 del suddetto Capo I.

Sulla quistione se chi ha il diritto di passare con carro pel fondo altrui possa o no portarvi stanghe dritte veggasi quanto ho detto nell'annotazione n. 5 lettera *g* al precedente Capo II. Veggasi anche il frammento 7.°, libro VIII, titolo III del digesto.

(*b*) Il Cipolla qui distingue fra la *via* e la *strada*.

Secondo il Vocabolario domestico del Carena da me più volte citato pagine 117 e 118 « la *strada* è uno spazio di terreno ad uso di pubblico passaggio da luogo a luogo e » specialmente da paese a paese.

» La *via* è lo stesso che *strada*, ma dicesi più comunemente di quella ch' è in luogo » abitato fra casa e casa. Tuttavia le due voci da molti, in alcuni casi, si adoperano pro» miscuamente.

» In alcune provincie dell' alta Italia, per *via* e *strada*, dicono anche *contrada*. »

Ciò nel comune discorso.

Nel linguaggio legale poi del nostro Regno adoperasi sempre l'unica denominazione di strada.

Soltanto distinguonsi le strade *urbane* che sono quelle nelle città e comuni chiusi da mura, e le *forensi* che sono tutte le altre (Decreto italiano sulle strade 20 maggio 1806 n. 34).

Dirò a suo luogo di un' altra divisione delle strade.

(*c*) Intorno alla determinazione della lunghezza e larghezza dello spazio sul quale viene esercitato il modo della servitù privata di passaggio ch' è quello di passare col carro sul fondo altrui, mi riferisco a quanto ho detto nelle annotazioni *c* ai Capi I e II del presente trattato.

La strada poi privata gravata di servitù pubblica di passaggio dee essere per l' art. 23 del suddetto Decreto italiano mantenuta anche per la larghezza in modo da servire comodamente all' uso cui è destinata.

(*d*) Per la larghezza delle strade sulle quali non è dovuta servitù privata a senso della legge civile e nemmeno servitù pubblica a senso della legge amministrativa osservo che:

la larghezza delle strade nazionali ossieno regie è stabilita dagli articoli 7 ed 8 del suaccennato decreto;

quella delle strade comunali lo è dai successivi articoli 15 e 16;

quella delle private lo è ad arbitrio dei loro proprietarii.

(*e*) Qui il Cipolla, dato un fondo dominante ed uno serviente e dato che a vantaggio del primo ed a carico del secondo, esista una servitù di passaggio, domanda quando questa resti una sola, e quando diventi più servitù.

E risponde distinguendo tre casi principali.

Il primo, quando quella servitù sia dovuta da un solo proprietario del fondo serviente ad un altro solo proprietario del fondo dominante.

Il secondo, quando sia dovuta da un solo proprietario del fondo serviente a più proprietarii fra i quali sia stato diviso il fondo dominante.

Il terzo, quando sia dovuta da più proprietarii fra i quali sia stato diviso il fondo serviente, ad un solo proprietario del fondo dominante.

Digitized by Google

Suddistingue in ognuno di questi casi principali altri casi subalterni.

Argomenta con alquanto di diffusione e conchiude che in ognuno di questi casi ora la servitù resta una sola ed ora tramutasi in più.

Nelle sue argomentazioni e conchiusioni egli ha in vista le persone dei proprietarii del fondo che deve e del fondo al quale è dovuta la servitù, e non ha in vista quei fondi.

Ma siccome la servitù è un diritto reale che va a vantaggio del fondo dominante ed a carico del fondo serviente senza riguardo a determinate persone, mi pare che quell'autore avendo avuto in vista le persone dei proprietarii di quei fondi, e non gli stessi fondi sia riuscito involuto nelle sue argomentazioni, e non esatto nelle sue conchiusioni, almeno se si voglia applicarle allo stato delle cose secondo le legislazioni italiana ed austriaca.

Io invece avendo in vista i fondi, e soltanto subordinatamente ad essi le persone dei loro proprietarii, argomenterei e conchiuderei nella quistione da lui promossa, secondo quelle due legislazioni così.

Havvi un solo fondo dominante ed uno serviente.

A vantaggio del primo ed a carico del secondo esistette in origine una sola servitù di passaggio.

Quando resta una sola e quando dividesi in più servitù?

1.° Se il fondo serviente ed il dominante rimangono ognuno indiviso nel loro proprietario è certo non avervi se non una sola servitù.

Padroni però essi, d'accordo, di dividerla in due o più.

2.° Se il fondo serviente resta indiviso nel solo suo proprietario, e se il fondo dominante viene diviso fra due o più proprietarii, se tutti questi proprietarii convengono fra essi di dividere quella unica in due o più servitù separate, vale la loro convenzione.

Ma se non sono in ciò d'accordo, la servitù una in origine resta una anche in seguito, malgrado la divisione del fondo dominante fra due o più proprietarii.

Lo dice espressamente l'art. 700 del Codice Napoleone.

Quell'articolo infatti prescrive che se il fondo dominante viene diviso, la servitù è dovuta a ciascuna porzione di quel fondo, senza però che ne sia resa più grave la condizione del fondo serviente.

Aggiunge che quindi, se si tratta di un passaggio, tutti i compadroni di quel fondo dominante deggiono usarne nello stesso sito.

Se la servitù è dovuta ad ogni porzione del fondo dominante diviso, ciò vuol dire che ognuna di quelle porzioni può esercitarla.

Ma la legge dice che ognuna di quelle porzioni può esercitare la servitù, cioè che ognuna esercita quella unica servitù, e non dice già che debbano venir esercitate tante separate e diverse servitù quante sono le porzioni del fondo dominante diviso.

Ossia in questo caso la servitù che prima della divisione del fondo dominante era una, non si divide dopo la divisione in due o più.

Che non si divida in più emerge eziandio dall'altra conseguente prescrizione dell'articolo 700 che trattandosi di *un* passaggio tutti i compadroni debbano usarne nello stesso sito.

In nessun caso poi il fondo serviente ch'era in origine aggravato da una sola servitù può venir aggravato da due o più per la circostanza che il fondo dominante fu diviso in due o più porzioni fra due o più proprietarii, e senza che il proprietario del suddetto fondo serviente vi abbia aderito.

Ciò risulta egualmente chiaro dal § 485 del Codice austriaco.

Per questo §, ogni servitù si considera indivisibile, in quanto che il diritto inerente al fondo, cioè attaccato nel nostro caso al fondo dominante, non può per la divisione del

Digitized by Google

ne si divida in due o più per la ragione che il fondo serviente venne diviso in due o più porzioni fra due o più proprietarii di esso.

Prima della divisione del fondo serviente, il dominante non avea diritto che ad una sola servitù.

Come mai dovrà aver diritto a due o tre, per l' accidentale circostanza che il fondo serviente fu diviso in due o più porzioni a favore di due o tre proprietarii?

La divisione del fondo serviente non aumenta il diritto del dominante.

Una sola servitù avea il fondo dominante prima della divisione: una sola ne ha dopo.

Per la stessa ragione la suddetta divisione non aumenta l'aggravio del fondo serviente.

Anche questo, una sola servitù soffriva prima della divisione, una sola servitù soffre dopo.

O il passaggio era prima della divisione del fondo serviente dovuto su una sola e determinata linea di esso, ed allora dopo la divisione sarà dovuto da tutte le porzioni di quel fondo per le quali passa quella linea.

Le porzioni per le quali non passa, ne rimarranno esenti.

O prima della divisione era dovuto su qualunque parte del fondo serviente ora su una linea ed ora su un' altra, ed allora dopo la divisione tutte le porzioni di quel fondo dovranno soffrirlo.

O il titolo, od il possesso del passaggio, quando quest' ultimo può farne acquistare il diritto, non fissarono il sito pel quale debba aver luogo, ed allora come prima, così dopo la divisione in due o più porzioni del fondo serviente fra due o più proprietarii di esso, il sito dovrà essere fissato per quanto ho detto nell' annotazione *a* n. 3 al Capo XXIII del trattato primo.

Fissato che sia dopo la divisione, il passaggio sarà dovuto da tutte le porzioni del fondo serviente toccate dal sito o linea che sarà stata fissata.

Le porzioni non toccate ne rimarranno libere.

Ma in ognuno di questi tre casi vi avrà sempre una sola servitù esercibile dal proprietario del fondo dominante sulla porzione o porzioni del fondo serviente diviso, toccate dal sito del passaggio.

Che se anche quel sito toccasse più o tutte le porzioni, una prima e l' altra dopo, il passaggio sarebbe esercitato successivamente prima su una porzione e dopo sull' altra.

Ma in ogni caso vi avrebbe sempre una sola, e non due o più servitù separate e distinte, una per ogni porzione.

Ve ne sarà sempre una sola anche pel § 485 del Codice austriaco.

Infatti per esso ogni servitù si considera indivisibile in quanto che il diritto inerente al fondo, cioè aggravante nel nostro caso il fondo serviente, per la divisione del fondo stesso non può essere diviso.

Che se poi per l' art. 700 del Codice Napoleone la servitù come ho detto al precedente n. 2 resta una sola, quand' anche il fondo dominante venga diviso in più porzioni separate fra più proprietarii, sicchè quel fondo ne esercita sebbene diviso una sola e non più, tanto più essa dee rimanere una sola restando il fondo dominante indiviso in potere di un solo proprietario.

Infatti se più proprietarii di quel fondo ne hanno una sola, tanto più averne dee una sola, l' unico proprietario di esso.

Nè quella sola servitù può tramutarsi a di lui favore ed in aggravio del fondo serviente in più servitù per la circostanza accidentale che quest' ultimo fondo fu diviso in due o più porzioni.

4.° Quello che nel precedente n. 2 ho detto nel caso di un fondo serviente indiviso in un solo proprietario e di un fondo dominante diviso fra due o più proprietarii e quello che ho detto nel successivo n. 3 nell' altro caso di un fondo dominante indiviso in un solo

Digitized by Google

Ma lo ha specialmente in riguardo alla prescrizione estiativa di quella servitù.

E che sia vero.

Se nel caso della divisione in porzioni fra due o più proprietarii del fondo dominante o del serviente, la servitù unica prima, si trasmuta in due o più servitù separate e distinte, una per ogni porzione, l' uso che della sua separata servitù fa una porzione del fondo dominante, non interrompe e non toglie la prescrizione di un' altra pur separata servitù, della quale altra porzione di quel fondo non usa.

Se invece nel suddetto caso la servitù unica prima, rimane anche dopo una sola a favore di tutte le porzioni del fondo dominante ed a carico di tutte le porzioni del fondo serviente divisi, l' uso che ne fa una porzione del fondo dominante parmi che interrompa e tolga la prescrizione anche a vantaggio di altra porzione del suddetto fondo che non ne usa.

Nel primo caso è chiaro che l' uso di una servitù distinta e separata non può nè interrompere nè togliere la prescrizione dipendente dal non uso di altra servitù affatto distinta e separata dalla prima.

Si tratta di due servitù divise fra esse e non di una sola ed indivisibile servitù.

Quindi quello che giova ad una non giova all' altra.

Nel secondo caso invece malgrado ogni divisione dei fondi aventi il diritto e l' obbligo, la servitù resta una sola ed indivisibile, tanto per l' art. 700 del Codice Napoleone quanto pel § 485 del Codice austriaco.

Come una sola ed indivisibile essa sussiste fino a che qualunque delle porzioni divise del fondo dominante ne faccia uso.

L' uso dell' una interrompe e toglie la prescrizione anche a favore dell' altra porzione non usante, appunto perchè la unica servitù della quale si tratta è indivisibile.

Se si dovesse dir diversamente si ammetterebbe essere divisibile quello ch' è indivisibile, essere quella che è una sola servitù più servitù.

Mi riferisco del resto a quanto ho detto sulla indivisibilità delle servitù nel Capo X del primo trattato.

6.° Finalmente vi hanno indubbiamente due o più servitù separate e distinte, quando esista un fondo dominante avente diritto di passaggio su due o più fondi servienti diversi e separati fin dall' origine, o quando un solo fondo serviente sia aggravato del passaggio stesso a favore di due o più fondi dominanti diversi e separati pur fin dalla origine.

È chiaro che in questi casi si tratta di due o più passaggi diversi e distinti e non di un solo.

(*f*) Ommetto di parlare col Cipolla del capo, del fine, del mezzo e dei lati della strada e della quistione se distrutto un edificio vicino ad una piazza questa diventi più ampia, e se la strada ch' era presso all' edificio cessi d' essere o rimanga strada, perchè non mi pare che ciò abbia molto interesse pratico in generale ed interesse pratico in fatto di servitù.

(*g*) Per la stessa ragione ommetto di parlare del punto dal quale cominciar dee la misurazione della strada.

(*h*) 1.° Per la legge 27 marzo 1804 e pel decreto 20 maggio 1806 sulle strade queste sono o private, o comunali, o nazionali ossieno regie.

Sono private le strade aperte da uno o più possidenti nel fondo di loro proprietà ed a particolare loro comodo, sebbene gravate di servitù verso il pubblico.

Quei possidenti le costruiscono, riparano e conservano a loro spese quand' anche soggette a quella servitù, salve in questo caso le particolari convenzioni e consuetudini.

Sono comunali le strade che servono principalmente a comodo dei Comuni.

Questi le costruiscono, adattano e mantengono coi mezzi che sono a loro disposizione o che vengono loro assegnati dalle competenti autorità amministrative.

Sono nazionali ossieno regie, le strade postali: quelle che dalla città centrale di una provincia conducono alla centrale di un' altra: quelle infine che per essere molto frequentate servono al commercio esterno.

Esse vengono costruite, adattate e conservate a spese del Tesoro dello Stato.

Digitized by Google

Ho detto nell' annotazione *d* al Capo XVI del trattato primo, che le strade regie sono pubbliche, ma che non ponno escludersi dall'essere pubbliche anche le strade comunali.

Vi hanno poi eziandio le strade ferrate.

Queste ponno venir costruite tanto dallo Stato quanto da' privati.

Ponno essere esercitate o dall' uno o dagli altri.

Se servono alla generale utilità, all' uso del pubblico, sono pubbliche.

Le fa tali quella loro destinazione.

Per l' effetto soltanto della destinazione stessa, havvi diritto di spropriazione forzata secondo il § 365 del Codice austriaco per le proprietà che sono riconosciute indispensabili all' eseguimento di esse (Circolare del Governo di Venezia 28 settembre 1838 nella collezione veneta delle leggi, Vol. 29 Parte 2. pag. 127).

Nè cessano di essere pubbliche, perchè o lo Stato o privati esercitano su esse, ricevendone pagamento, il trasporto di persone, di merci e di altri oggetti.

Esse hanno sempre per iscopo il ben pubblico: dunque sono pubbliche, sebbene vi sia congiunto il vantaggio pecuniario, la utilità privata di chi ne conduce l' esercizio.

2.° Il Cipolla domanda poi come si provi che una strada sia pubblica.

Rispondo colla scorta della legge 27 marzo 1804 e del decreto 20 maggio 1806.

Dopo l' approvazione del Governo (Luogotenenza), l' amministrazione del dipartimento (Delegazione della provincia) pubblica l' elenco delle regie strade provinciali colla indicazione esatta della loro lunghezza, larghezza, andamento e confini laterali (art. 12 della suddetta legge).

Lo stesso fanno i Comuni dopo l' approvazione della Prefettura (Delegazione provinciale) per le strade comunali e per le private affette da servitù a favore del pubblico (art. 13).

Quella notificazione ove non sia legalmente contraddetta entro due mesi fa prova in materia di strade per tutti gli effetti di ragione (art. 14).

Le strade provinciali non si cancellano dal loro elenco senza approvazione del Consiglio generale (Congregazione provinciale) confermata dal Governo (Luogotenenza) (art. 16).

Dall' elenco delle comunali non si cancella veruna strada se non con decreto del Consiglio (Convocato) comunale approvato specialmente dal Prefetto (Delegazione provinciale) ove non siavi ragionevole motivo o reclamo in contrario (art. 17).

È interdetta la soppressione delle strade private affette da servitù a pubblico comodo senza decreto del Consiglio (Convocato) comunale dal Prefetto (Delegazione provinciale) approvato (art. 18).

La prova dunque che una strada sia provinciale, comunale o privata affetta da pubblica servitù, sta nel comparir essa e nel non essere cancellata dai suddetti elenchi.

In generale poi per le strade nazionali ossiano regie, il Governo (Luogotenenza) le dichiara tali e ne pubblica l' elenco (art. 39 del decreto 20 maggio 1806).

Anche per queste nel suddetto elenco sta la prova che sieno nazionali ossiano regie.

Ma se non vi fossero quegli elenchi?

In quanto alle strade percorse dalla posta, a quelle che dalla città centrale di una provincia vanno alla centrale di un' altra, a quelle che servono al commercio coll' esterno, parmi che queste circostanze congiunte a quelle della loro costruzione ed adattamento a spese del Tesoro dello Stato saranno prove sufficienti ch' esse sono nazionali o regie.

Digitized by Google

(*k*) Da chi si potrà far perdere per prescrizione ad un privato il diritto di passare per la pubblica strada, sia poi essa regia o comunale?

1.° Non certo dallo Stato per la prima, nè dal Comune per la seconda strada.

Quello e questo consagrarono le loro strade al passaggio di tutti.

Finchè conservano ad esse quella loro destinazione, tutti hanno diritto di passarvi, e possono anche non passarvi, ogni qual volta ciò lor piaccia.

Se taluno non vi è passato per 30 o 40 anni ha il diritto di passarvi dopo.

Lo Stato ed il Comune non possono dirgli essere per quel non uso il suo diritto di passare prescritto.

Dicendoglielo sottrarrebbero per lui la strada alla di lei destinazione di servire al pubblico passaggio, nel momento medesimo in cui essa a quel passaggio continua ad essere destinata.

Ma ognun vede ciò essere impossibile, perchè fino a che quella strada servir dee al passaggio di tutti, dee servire anche al passaggio di un solo, nè questo suo diritto può essergli tolto a motivo della prescrizione pel non uso.

D' altronde il diritto del passaggio su una pubblica strada non è fondato nel diritto privato, e qui si farebbe valere la prescrizione come instituzione di quel privato diritto, locchè non mi sembrerebbe ammissibile.

Tolta poi dallo Stato e dal Comune la loro strada alla destinazione del pubblico passaggio, quel privato non perderebbe già il diritto di passarvi in forza ad una prescrizione di esso pel non uso, sibbene e soltanto per la cessazione di quella destinazione.

2.° Potrebbe invece un privato togliere ad un altro privato quel diritto di passaggio sulla pubblica strada e per quella estintiva prescrizione?

Perchè potesse farlo converrebbe che avesse acquistato dominio e possesso su essa.

Ma come ho detto nell' annotazione *d* al Capo XVI del trattato primo, quella strada fino a che è destinata a pubblico uso è cosa fuor di commercio, che non può cadere in dominio e possesso di nessun privato.

Se dunque finchè è destinata al passaggio di tutti nessun privato può avere su essa nè dominio nè possesso, nessun privato ha diritto di togliere ad altro privato quel passaggio perchè non ne ha usato per tutto il tempo della prescrizione.

Che se poi quella strada fu dall' autorità e nel modo competente tolta alla sua destinazione di servire al pubblico uso e se divenuta bene privato fu acquistata da un privato, un altro privato non perde già il diritto di passarvi per la prescrizione dipendente dal non uso, ma lo perde perch' essa non è più destinata al pubblico passaggio e perchè divenuta da bene pubblico, proprietà privata, quell' altro privato che non abbia acquistato secondo le leggi civili diritto di passarvi non può esercitarlo.

(*l*) Le strade regie sono di proprietà dello Stato, e l' uso loro è lasciato a tutti i cittadini. Lo dice anche il § 287 del Codice civile austriaco.

Le strade comunali sono di proprietà del Comune e l' uso di esse è lasciato principalmente a ciascun membro del Comune stesso. Lo dice eziandio il successivo § 288.

(*m*) Finchè alla pubblica strada sia regia sia comunale è conservata la sua destinazione di servire al pubblico uso, non può parlarsi di alienarla.

Ma tolta dall' autorità e nella forma competente a quella sua destinazione, essa se era strada regia cessa di essere bene universale o pubblico e diventa patrimonio dello Stato ossia bene demaniale; e s' era strada comunale, cessa di essere bene e diventa patrimonio comunale.

Digitized by Google

(*o*) A questa domanda rispondono le annotazioni *d* al Capo XXXII, ed *a* n. 1 al Capo LX del primo trattato.

(*p*) Alla domanda se si possa occupare una pubblica strada col piantarvi una scala od alcuni gradini, col farvi un orticello ecc. risponde l'annotazione *d* al Capo XXXII del primo trattato.

(*q*) Per l'art. 34 della legge sulle strade del 1804 la polizia delle pubbliche strade è posta sotto la immediata vigilanza e tutela del Governo.

E pel successivo art. 48 gli ordini e le provvidenze economiche per la esecuzione di quella legge e dei relativi regolamenti sono di competenza dell'autorità amministrativa.

È chiaro dunque che quell'autorità per pubblici riguardi può far chiudere una strada inserviente al pubblico transito.

Nessun privato poi che da essa non abbia incarico può farlo.

L'art. 36 del decreto 20 maggio 1806 n. 34 vieta a chiunque d'ingombrare strade inservienti a quel transito.

Ciò, perchè l'ingombrarle turba quella loro destinazione.

Tanto più è vietato a chiunque di chiuderle arbitrariamente, perchè facendolo non solo turba ma toglie del tutto quella destinazione.

Che se la strada pubblica fosse stata poi dall'autorità e nel modo competente tolta alla sua naturale destinazione e divenuta fosse bene di un privato, questo potrebbe chiudersela perchè il pubblico cessata quella destinazione non avrebbe più diritto di passarvi e perchè un altro privato non potrebbe passarvi che assenziente il proprietario o acquistatone diritto secondo la legge civile.

(*r*) Un privato chiude di sua autorità una strada che serve al pubblico transito, od in altro modo lo impedisce.

Chi potrà agire contro esso togliendo o facendo togliere la chiusura o l'impedimento?

L'autorità amministrativa pegli art. 34 e 48 della legge 27 marzo 1804.

Come poi dovrà agire?

1.° Ove si tratti di chiusura ordinerà a chi l'ha posta di toglierla entro un prescritto termine, e non obbedendo egli la farà togliere d'ufficio a di lui spese e si rimborserà contro di lui dello speso colla privilegiata esecuzione fiscale.

2.° Ove si tratti di far cessare un altro impedimento ordinerà a chi l'ha frapposto di desistervi.

3.° Punirà quando vi abbia il caso di traviamento il traviatore a senso dell'art. 42 del decreto 20 maggio 1806 n. 34 e dell'aulico dispaccio 19 maggio 1842 n. 14731 da me citato nell'annotazione *a* III n. 2 al Capo LXXXI del trattato primo, con multa fra le a. l. 5 e 115, ed in caso d'impotenza al pagamento con arresto semplice non maggiore di una settimana.

4.° Ove il fatto vestisse il carattere di crimine, delitto o contravvenzione, essa autorità esaurendo gl'incumbenti ai n. 1 e 2 denuncierà il caso all'autorità giudiziaria penale competente alla quale ne spetterà la inquisizione e la punizione.

Fissata così la competenza dell'autorità amministrativa di agire per togliere la chiusura delle suddette strade ed ogni altro impedimento al pubblico transito, ne viene che nessun privato senza mandato di essa può agire usurpando la di lei competenza.

Digitized by Google

Confermando quest' ultima l' operato della prima, l' adottata provvidenza economica rimarrebbe ferma.

E qui avendo parlato della legge 27 marzo 1804 sulle strade credo di non dover ommettere una importante quistione.

Ho citato nell' antecedente annotazione *q* l' art. 48 di quella legge che attribuisce all' autorità amministrativa gli ordini e le provvidenze economiche per la sua esecuzione.

Il successivo art. 49 dice poi, che ferma stante la provvidenza economica, le quistioni che insorgono relativamente a strade, ponti o altri edificii inservienti ad esse sulla proprietà od altri diritti, tanto in possessorio quanto in merito e sulle relative indennizzazioni nonchè sulle pene pecuniarie, sono giudicate dai tribunali civili ordinarii.

Ora suppongo, che un Comune pretenda contro lo Stato la proprietà di una strada qualificata regia, o che un privato pretenda la proprietà di una strada qualificata comunale, o che un privato pretenda non affetta da servitù verso il pubblico una sua strada privata, che ne tollera l' aggravio.

Pel suddetto articolo 49, ferma stante ogni provvidenza economica per parte dell'autorità amministrativa, quelle quistioni sarebbero di competenza dell' autorità giudiziaria civile.

Può dirsi lo stesso pei principii della legislazione austriaca ora presso di noi vigente?

Ecco la mia risposta.

Pei principii di quella legislazione, tutto quello che involve i pubblici riguardi, cioè le viste del bene pubblico, è di esclusiva competenza dell' autorità amministrativa.

Tutto quello che involve interamente riguardi e diritti privati è di competenza esclusiva dell' autorità giudiziaria.

Ora se un Comune od un privato fanno pretensione, il primo alla proprietà di una regia strada soltanto per toglierla allo Stato e farla strada comunale, ed il secondo alla proprietà di una strada comunale soltanto per toglierla al Comune e farla propria e privata, ovvero alla liberazione della propria strada privata dalla servitù del pubblico transito, soltanto per togliere quel transito al pubblico, in questi casi parmi veramente che si tratti di pubblici interessi e riguardi, involti nelle quistioni se una strada regia diventar debba comunale, se una strada comunale debba diventare privata, e se una strada privata aggravata dalla servitù del pubblico transito debba esserne liberata.

Quindi trattandosi di quei pubblici interessi e riguardi, parmi eziandio che le suddette quistioni sieno di amministrativa e non di giudiziaria competenza.

Che se invece il Comune ed il privato promuovono quelle quistioni, non già per far cangiare la strada regia in comunale o la comunale in privata, o la strada privata aggravata in non aggravata dal pubblico transito, ma soltanto per farsi puntello del riconoscimento che la strada regia era comunale, che la strada comunale era privata e che la strada privata gravata di pubblica servitù erane libera, onde ottenere una indennizzazione, lasciando le strade come sono, ed allora parmi che trattandosi veramente ed in ultima analisi del diritto d' indennizzazione cioè di un diritto per natura sua privato e civile e non venendo per nulla toccati, anzi venendo lasciati illesi i pubblici interessi e riguardi, quelle quistioni sieno di giudiziaria e non di amministrativa competenza.

A chi poi per fondare nelle suddette quistioni la competenza amministrativa dicesse che per trattarsi d' indennizzazione si tratta del pubblico interesse, osserverei che in questo caso non può intendersi, per esso, l' interesse pecuniario del Tesoro dello Stato o di un Comune, e lo rimetterei all'estratto di protocollo della Commissione aulica di legislazione giudiziaria del 7 luglio 1831 da me citato nell' annotazione *g* al Capo XXX del trattato primo, la quale spiegò egregiamente, che cosa debba intendersi veramente per quel pubblico interesse.

Che le quistioni poi d' indennizzazione per espropriazioni forzate in causa di lavori di pubbliche strade sieno di giudiziaria e non di amministrativa competenza lo proverò nella susseguente annotazione *bb*.

Per quanto finalmente ho detto a principio della presente annotazione l' infliggere pene o pecuniarie o corporali nei casi di traviamenti ossiano trasgressioni in fatto di polizia stradale non ispetta ora per nulla ai tribunali civili ordinarii.

Questo è quanto ho creduto di osservare sull' articolo 49 della legge sulle strade 27 marzo 1804.

Digitized by Google

(*s*) Un privato ha chiuso una strada.

Posso io altro privato distruggere di mia autorità quella chiusura?

O si tratta di strada serviente al pubblico passaggio e non potrò farlo per quanto ho detto nell' antecedente annotazione *r*.

O si tratta di strada privata non serviente al pubblico passaggio, ed egualmente non potrò farlo, sia poi essa soggetta o no a servitù di passaggio privato secondo la legge civile.

In questo secondo caso non potrò farlo per quanto ho detto nell' annotazione *q* al Capo XXX del trattato primo in proposito della immissione di una trave nel mio o comune muro.

Non potrò farlo, se la strada privata chiusa, soggetta o non soggetta a servitù di passaggio secondo la legge civile, fosse mia.

Molto meno se non fosse mia.

(*t*) Chiusa una pubblica strada in una contrada, ogni cittadino e forestiere anche d' altra contrada può agire come ho detto nell' antecedente annotazione *r* perchè la chiusura arbitrariamente posta venga fatta togliere dall' autorità amministrativa.

Può farlo per la parte del pubblico passaggio che anche a lui spetta.

(*u*) Mi pare che ogni Comune abbia la proprietà delle strade comunali scorrenti sul suo territorio.

Siccome esse d'ordinario servono principalmente al di lui comodo, esso per l'art. 31 della legge 27 marzo 1804 e per l' art. 27 del decreto 20 maggio 1806 se le costituisce, adatta e mantiene coi mezzi proprii o con quelli che vengono posti a sua disposizione dalla competente autorità amministrativa.

Quando poi un tronco di strada comunale esistente sul territorio di uno o più Comuni serva veramente al comodo comune di tutti essi, l' art. 33 della suddetta legge dice ch' essi ponno unitamente incaricarsi della sua manutenzione.

A me sembra eziandio che il debbano.

Se il comodo n' è comune, comune esserne dee la spesa.

Per le strade nazionali o regie che attraversano i luoghi abitati veggasi l' art. 28 del decreto 20 maggio 1806 n. 34 pel quale il Tesoro dello Stato contribuisce ai Comuni la somma che abbisognerebbe a costruirle e mantenerle se fossero fuori dell' abitato.

La spesa però di selciatura e di ornato è a carico comunale.

(*v*) Nulla osservo su questo § del Cipolla perchè non tratta nè della polizia delle strade pubbliche nè della servitù del passaggio privato.

(*x*) In quanto si tratti di prelazione fondata nella legge o nella consuetudine, la quistione qui promossa dal Cipolla è oziosa per noi.

Ogni retratto coattivo e prelativo dipendente da leggi o da consuetudini fu in questi paesi abolito già dalla legge 27 fiorile anno 6.°

Sebbene quella legge abbia conservato il solo retratto convenzionale, pure osserva lo Zeiller nel suo commento al § 1073 del Codice civile austriaco, in nota, che il Codice Napoleone non ne parla.

Secondo il Zachariae ivi citato dal Zeiller pare che pel Codice Napoleone non possa venir costituito nemmeno per contratto.

Quel retratto legale e consuetudinario fu abolito anche nelle antiche provincie della monarchia austriaca.

Digitized by Google

(y) A questa domanda del Cipolla altro non posso rispondere se non che i fondi che giacciono nel territorio di un Comune, sieno poi vicini o lontani da strade di pubblico transito o da qualunque altra strada, stanno sotto la giurisdizione del Comune stesso e delle autorità per esso stabilite.

(z) Ho trattato questa quistione nelle annotazioni *e d* al Capo XXXVIII del trattato primo.

L' accesso che ha poi una cappella privata dalla pubblica strada non mi pare motivo sufficiente per escluderla dalla vendita del terreno sul quale è costruita quando terreno e cappella spettassero allo stesso proprietario.

Ammesso che il contratto di vendita del fondo non faccia di essa menzione, allora o dee o non dee considerarsi come pertinenza del fondo stesso.

Se ne è pertinenza, è venduta con esso, sebbene non nominata nella vendita.

Se non ne è pertinenza e se non nominata nella vendita, non può ritenersi venduta.

A proposito della pertinenza veggasi eziandio quanto ho detto nell' annotazione *d* al Capo XLIV del trattato primo.

(*aa*) Per quanto ho detto nell' annotazione *m* n.° 2 al Capo primo del presente trattato, se un fondo sul quale è dovuta servitù di passaggio secondo la legge civile, è inondato, sicchè il proprietario del fondo dominante non possa passare per dove passava, non solo il proprietario del fondo serviente dee dargli passaggio, se può, per altra parte del fondo obbligato, ma dee darglielo su altro suo fondo se non possa darglielo sull'obbligato, ma deggiono per viste di ordine pubblico darglielo finchè dura la interruzione per inondazione, eziandio altri proprietarii di fondi egualmente non obbligati.

Tanto più se la strada inserviente al pubblico transito è inondata, finchè questo pubblico transito è interrotto per inondazione della strada stessa, esso dee aver luogo, se non sia possibile altrimenti, sui fondi dei privati.

Anzi trattandosi in questo caso di ordine pubblico, l'autorità politico-amministrativa costringerà i proprietarii dei fondi privati a concederlo temporaneamente.

Questa sarà una specie di momentanea espropriazione forzata per le viste del bene generale secondo l'articolo 545 del Codice Napoleone, e secondo il § 365 del Codice austriaco.

Quindi dovrà aver luogo verso prestazione di conveniente indennizzazione per parte di chi dee procurare al pubblico il transito sostituito temporaneamente all' inondato.

Che se poi in tal caso chi passa per uno di quei fondi privati destinato temporaneamente al pubblico transito, vi arrecasse con colpa qualche danno dovrebbe ripararlo.

(*bb*) Qui il Cipolla domanda se e come possa agire colui sul cui fondo sia stata fatta una pubblica strada, cioè una strada regia, o comunale, o ferrata per pubblica utilità.

Rispondo a questa domanda secondo l' attuale legislazione del nostro Regno.

E distinguo.

1.° O quella strada fu fatta da un privato di propria autorità sul fondo di altro privato, vale a dire senza ordine o concessione dell' amministrativa autorità.

2.° O fu fatta per ordine o concessione di quell' autorità.

1.° Se fu fatta di propria autorità da un privato, siccome a lui non ispetta nè tutelare il pubblico interesse, nè farsi giudice di esso, mi pare ch' egli abbia arbitrariamente turbato il possesso e la proprietà privata.

Sembrami dunque per quanto ho detto anche nell' annotazione *g* al Capo XXX del [illegible] proprietario privato turbato colla costruzione di

Digitized by Google

2.° Se la strada pubblica fu fatta invece per ordine o concessione dell'autorità amministrativa, allora distinguo.

a) L'apprensione di tutto o di parte del fondo privato e la costruzione su esso della pubblica strada.

b) Il diritto d'indennizzazione.

a) Quell'apprensione e quella costruzione sono oggetti che riguardano il pubblico interesse, cioè le viste del pubblico bene, appunto perchè riguardano pubblica strada.

Dunque come ho detto nell'antecedente annotazione *r* tutte le quistioni che in riguardo ad esse possono nascere sono di esclusiva competenza dell'autorità amministrativa e non della giudiziaria.

Dunque al privato sul cui fondo fu costruita quella pubblica strada è libero il ricorso, ma soltanto a quell'amministrativa autorità, quando credesse che i riguardi della pubblica utilità non esigessero l'apprensione del fondo stesso, o la costruzione su esso di quella strada.

Non trattandosi poi di diritto e d'interesse meramente privato, non sarebbe ammissibile il suo ricorso all'autorità giudiziaria, la cui competenza è ristretta ai riguardi e diritti privati, cioè fondati nel diritto civile.

b) Invece il diritto d'indennizzazione che facesse valere quel privato per essere stato spogliato di tutto o di parte di quel suo fondo per la suddetta pubblica costruzione è un diritto onninamente di natura privata fondato nel diritto civile e che non tocca per nulla i pubblici riguardi.

Dunque le quistioni che potessero sorgere fra quel privato e la pubblica autorità o il concessionario sul punto di quella indennizzazione sia perchè questa venisse del tutto negata, malgrado la dichiarazione omessa da quell'autorità che l'apprensione e la costruzione hanno per oggetto la pubblica utilità, sia perchè si volesse accordarla in misure minori di quelle pretese dal proprietario spogliato od oltrimenti danneggiato nel proprio fondo, sarebbero come ho detto nell'antecedente annotazione *r*, quando non potessero venir sopite in via amichevole, di giudiziaria e non di amministrativa competenza.

Lo affermano unanimemente le Zeiller, il Winiwarter, il Nippel, lo Stubenrauch nei loro commenti al § 365 del Codice civile austriaco.

Nè vedrei come la cosa andar potesse diversamente.

È salvo il pubblico diritto di togliere al privato quel suo fondo e di costruire o lasciar costruire su esso la pubblica strada, giacchè la quistione puramente privata e civile della indennizzazione lo lascia del tutto illeso.

E perchè vorrebbe in questo caso l'autorità amministrativa arrogarsi il diritto di decidere su quel diritto meramente privato e civile d'indennizzazione ch'è di competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria?

Con quel fondamento poi di giustizia, l'autorità giudiziaria esclusivamente competente a decidere sugli affari di mero diritto privato e civile potrebbe declinare in quelle quistioni d'indennizzazione la propria competenza?

c) La distinzione poi che ho fatta alle lettere *a* e *b* è cresimata tanto dall'articolo VIII della Sovrana Patente 27 novembre 1840 portante il privilegio della costruzione della ferrovia da Venezia a Milano, quanto dalle disposizioni generali sulla concessione delle strade ferrate contenute nella Circolare del Governo di Venezia 28 settembre 1838 di cui ho parlato nell'antecedente annotazione *h* al n.° 1.

Infatti per quella Patente e per quelle disposizioni, alla impresa di una strada ferrata riconosciuta di pubblica utilità è accordato in forza al § 365 del Codice civile diritto di spropriazione forzata unicamente per le proprietà riconosciute indispensabili all'eseguimento della ferrovia ed alla successiva sua manutenzione e riparazione.

Sorgendo quistione sulla esistenza o no della indispensabilità, decide il competente

Digitized by Google

indennizzazione maggiore, può far valere le sue ragioni nelle vie ordinarie di diritto, cioè dinanzi all' autorità giudiziaria civile.

Il lettore vedrà da quanto ho detto fin qui, se e quanta utilità possa ritrarre dallo studio dei §§ XXXIX-XLVI del Capo presente dell'opera del Cipolla, dei quali si occupò la presente mia annotazione.

Se gli abbisognasse poi consultare le leggi nei nostri paesi ora vigenti in fatto di espropriazioni per opere stradali e per altre opere di pubblica utilità le troverà nella opera del Lorenzoni continuata dal Conte Pò, della quale ho parlato nell' annotazione *i* al Capo XLVII del primo trattato, nel Manuale di acque e strade ed altre opere dei Comuni del sig. Del Colle, del quale ho pure parlato nell'annotazione *b* al Capo VIII del suddetto trattato, e nel Prontuario delle leggi giudiziarie relative al Codice civile austriaco emanate nel Regno lombardo-veneto del Consigliere Giordani: Venezia tipografia Naratovich 1857, Volume primo.

Che se il lettore poi per ogni confronto fosse curioso di esaminare le leggi in tale materia vigenti nel Regno d'Italia potrà vedere oltre all'articolo 43 della legge sulle strade 27 marzo 1804, il quale è ancora vigente, oltre all' articolo 51 della legge 20 aprile 1804 sulle acque, il quale è pure ancora vigente, oltre all' articolo 545 del Codice Napoleone ora sostituito per noi dal § 365 del Codice austriaco, anche e specialmente il decreto italiano 11 luglio 1813 sulle spropriazioni per titolo di pubblica utilità e sulla liquidazione delle indennizzazioni.

Vedrà da quel decreto che la verificazione della pubblica utilità spettava all'autorità amministrativa, ma che il giudizio sulla spropriazione e sulle indennizzazioni spettava all' autorità giudiziaria.

Questo decreto nel Regno lombardo-veneto non fu, a quel che io sappia, mai applicato perchè non coerente in tutto ai *principii introdottivi dalla legislazione* austriaca.

(cc) Qui il Cipolla domanda a chi incomba l' obbligo di ristaurare le strade.

Ed io rispondo quanto appresso secondo la legislazione presso noi vigente.

1.° In quanto alle strade private affette o non affette da servitù di passaggio secondo la legge civile, veggasi quanto ho detto nell' annotazione *c* al Capo XXIII del trattato primo, in cui ho spiegato a chi incomba l' obbligo di fare tutte le opere necessarie onde usare di una servitù fondata nella legge civile e di conservarla.

Ciò che ivi ho detto per quelle servitù in genere parmi applicabile a quella del suddetto passaggio sulle strade private in ispecie.

Nell' annotazione poi *b* II n. 1, 2, 3 al Capo LIX del suddetto trattato primo ho esaminato a chi tocchi ristaurare o riedificare l' edifizio, la casa, il muro proprio, altrui o comune soggetti o non soggetti a servitù per la legge civile.

Ciò che ivi ho detto per quei fabbricati è applicabile anche alla strada privata soggetta o non soggetta alla suddetta servitù.

In quell' annotazione e nelle successive del Capo LIX hannovi poi altre cose che il lettore potrà applicare al ristauro della strada della quale a questo numero mi sono occupato.

2.° A chi tocchi poi ristaurare la strada privata soggetta a servitù verso il pubblico, l' ho detto eziandio nell' annotazione *h* n. 1 al presente Capo.

3.° Circa l' obbligo del ristauro delle strade comunali, veggasi quanto ho detto nella suaccennata annotazione *h* ed in quella alla lettera *u* pure al presente Capo.

4.° Nella prima di quelle annotazioni ho detto in generale a chi tocchi ristaurare le strade nazionali ossieno regie, e nella seconda a chi tocchi farlo quando queste strade attraversino luoghi abitati.

5.° Le strade ferrate sono come ho detto nella suaccennata annotazione *h* al n. 1 costruite o dallo Stato o da privati e ponno essere esercitate da quello o da questi.

Digitized by Google

Se si tratta di strada regia il cui ristauro incombe allo Stato, le imposte che gli pagano i cittadini e le altre di lui rendite servono a formare il fondo onde supplire anche a quella spesa speciale.

Se si tratta di strada comunale è applicabile quanto ho detto pel ristauro del pozzo nell' annotazione *c* al Capo XLVII del trattato primo.

7.° In quanto ai pedaggi e simili diritti di passo su strade, ponti pubblici ecc. che servono in parte a formare per lo Stato o pel Comune il fondo necessario onde costruire, mantenere, riparare, amministrare quei pubblici oggetti, ed in quanto alle esenzioni dal pagamento di essi, oltre quanto ho detto nell' annotazione *b* al Capo VIII del trattato primo, veggansi:

a) Il decreto italiano 14 decembre 1810 che abolì alcuni diritti di barriera su pubbliche strade.

b) La circolare del Governo di Venezia 13 maggio 1831 portante le esenzioni dalla tassa di pedaggio, nel Vol. 22 P. I pag. 114 della collezione veneta di leggi.

c) I capitoli normali pegli appalti dei diritti uniti nel Regno lombardo-veneto che portano anche le esenzioni dalla tassa pel passaggio di ponti e passi erariali.

d) Il decreto 2 agosto 1850 n. 15579 al n. 2079 degli estratti delle disposizioni di massima in oggetti camerali per le provincie venete pel 1847—1854 stampato dall' Antonelli, decreto portante la esenzione dalle tasse di pontatico su ponti e passi erariali delle messaggerie e pedonerie postali e di ogni altro ramo dell' amministrazione delle poste.

e) L' altro decreto 12 agosto 1850 n. 21276 al n. 2080 dei suddetti estratti ch' esenta la gendarmeria dal pagamento dei diritti di passo e pontatico di appartenenza comunale.

f) Il decreto 4 luglio 1854 n. 28995 al n. 2087 di quegli estratti portante che i Comuni eriger possano nei punti dei passi, ponti stabili ponenti in comunicazione strade comunali, però a tutte loro spese e verso esenzione da tassa di pontatico.

g) Il decreto 14 giugno 1854 n. 24199 al n. 2088 dei suddetti estratti portante la esenzione da ogni pagamento di competenza pel pedaggio e pontatico dei Regnanti esteri viaggianti come Sovrani e verso speciale ordinanza del Ministero delle finanze quando viaggiano in incognito.

h) Il decreto 22 nov. 1854 n. 50834 al n. 2090 dei suaccennati estratti che estende le norme dell' altro decreto da me riportato qui sopra alla lettera *f*, ai Comuni che sono o saranno al caso di costruire sotto le condizioni portate da quest' ultimo decreto ponti stabili in sostituzione di passi erariali in addietro esistenti.

i) Il decreto 12 gennaio 1856 n. 25993 pag. 11 del supplemento per le provincie venete al foglio delle ordinanze del Ministero delle finanze per quell' anno, stampato dall' Antonelli, decreto prescrivente che cessati gli attuali appalti dei diritti di passo sui ponti saranno esenti dal pagamento di quei diritti i materiali destinati alla costruzione ed al ristauro delle ii. rr. ferrovie, verso l' attestazione ivi stabilita.

k) Le esenzioni dalle gabelle di strade riferite dall' egregio Professore Tonzig nel suo trattato della scienza dell' amministrazione e della contabilità privata e dello Stato Volume 1. § 123 pag. 81 stampato dal Naratovich nel 1857.

8.° Un appartenente allo Stato o ad un Comune il quale voglia rinunciare a far uso della strada che le leggi italiane chiamano regie o comunali è padrone di farlo, ma non per questo è esente dal pagare le imposte erariali o comunali che in quella sua qualità gl' incombono, e che servono a formare il fondo onde supplire eziandio alle spese per quelle pubbliche strade.

Specialmente a proposito delle strade comunali, vale quanto ho detto pel pozzo nell' annotazione *c* al Capo XLVII del primo trattato.

Digitized by Google

Sì, se ne ha diritto, come lo Stato ed il Comune, ed i loro appaltatori della manutenzione se si tratta di strada regia o comunale, e lo Stato, od un concessionario ch' esercitino una ferrovia riconosciuta di pubblica utilità, e gli appaltatori della manutenzione di questa se di essa si tratti ecc.

No, se non ne ha diritto, o come proprietario, o come esercente o come appaltatore della loro manutenzione ecc.

Chi non ne ha diritto, non può ingerirsi in quell' affare altrui.

E se ne prese ingerenza è un amministratore della cosa altrui senza mandato

Ora avendolo fatto senza mandato o senza ratifica di chi avea diritto di farlo, viene trattato per le spese incontrate secondo i §§ 1035-1040 del Codice civile austriaco e secondo gli articoli 1374 e 1375 del Codice Napoleone.

Molte poi sono le regole della manutenzione delle suddette strade che qui sarebbe troppo lunga cosa enumerare.

Però il lettore che volesse averne un saggio potrà esaminarne i capitoli parziali per le opere di manutenzione delle strade comunali aggiunti al regolamento dell'amministrazione per le strade ed altre opere dei Comuni pubblicato dal Governo di Venezia nell' 11 luglio 1833 e riportato nella collezione veneta delle leggi volume XXIV, parte II, pagina 5.

(*ee*) Taluno che ne ha diritto vuol ristaurare una delle pubbliche strade delle quali ho parlato a principio della precedente annotazione, e ne viene da altri impedito.

Come agirà contro l' impediente?

Distinguo le seguenti due azioni.

1. L' azione per far cessare il materiale impedimento.

2. L' azione pel risarcimento del danno.

1. Per far togliere il materiale impedimento parmi che dovrà agire nella via amministrativa e non nella giudiziaria.

La competenza in questo caso dell' autorità amministrativa è radicata:

a) nell' articolo 34 della legge 27 marzo 1804 pel quale la conservazione e la polizia delle pubbliche strade stanno sotto la immediata vigilanza e tutela del Governo;

b) nell' articolo 48 di quella legge pel quale gli ordini e le provvidenze economiche per la esecuzione della legge stessa e dei relativi regolamenti e per le operazioni da farsi per la costruzione, conservazione e riparazione delle strade ecc., sono di competenza delle amministrative autorità;

c) nel successivo articolo 49 pel quale anche nel caso in cui sieno competenti i tribunali ordinarii di giustizia (pei diritti però di natura privata e civile) restano ferme le provvidenze economiche dell' articolo 48, cioè resta ferma la competenza dell' autorità amministrativa, nelle quistioni di pubblico interesse, come la presente, ad essa devolute;

d) in riguardo specialmente agli appaltatori della manutenzione di quelle pubbliche strade che sieno in quistione colla Stazione appaltante, nella Sovrana Risoluzione contenuta nella notificazione del Governo di Venezia 29 luglio 1821, portata nella collezione veneta di leggi Vol. 7 Parte 2 pag. 20, notificazione per la quale in riguardo ai relativi contratti di appalto, alle autorità politiche o a quelle cui spetta d' invigilare per la esecuzione di quei contratti è libero di prendere (in via amministrativa) tutte le misure atte alla esatta osservanza dei medesimi e solo resta salvo agli appaltatori di rivolgersi ai tribunali di giustizia per tutti quei titoli e competenze che credessero poter a loro favore risultare da essi contratti;

e) in riguardo pure specialmente agli appaltatori di quella manutenzione che sieno in quistione con altri privati, nel decreto del Governo di Venezia 27 settembre 1832 n. 33341 riportato dal sig. Del Colle nel Manuale (del quale ho parlato nell' annotazione *b* al Capo VIII del trattato primo) a pag. 41, decreto pel quale venendo uno di quegli appaltatori nella materiale esecuzione del suo contratto convenuto in giudizio per turbato possesso, dee tosto opporre la incompetenza del giudice civile per ragione di materia, locchè vuol significare che nel caso del quale ora mi occupo, è competente l' amministrativa e non la giudiziaria autorità.

Quindi se chi ha diritto di ristaurare una delle suddette pubbliche strade ne viene impedito da un' autorità amministrativa, non ha ricorso se non alle autorità amministrative ad essa superiori per far togliere il materiale impedimento.

Digitized by Google

E se ne viene impedito da un privato qualunque, non può che ricorrere alle autorità amministrative seguendo l' ordine delle loro instanze.

Queste autorità amministrative sole sono competenti a decidere la presente quistione e naturalmente a far eseguire coi mezzi coattivi che stanno a loro disposizione le proprie decisioni.

A proposito di quella amministrativa esecuzione veggansi le Normali che ho citato eziandio nell' annotazione *g* al Capo XXX del trattato primo.

Nè sembrami che nel caso concreto quell' amministrativa competenza sia distrutta:

a) dall' art. 49 della legge 1804 che rimetteva ai tribunali ordinarii le quistioni relative alle pubbliche strade che fossero state di natura privata e civile;

b) dalla notificazione del Governo di Venezia 29 luglio 1821 citata di sopra, che togliendo forza obbligatoria ad ogni proibizione che potesse venir fatta ad appaltatori di battere la ordinaria via giudiziale, riservò loro il diritto di adire l' autorità giudiziaria per tutti i titoli e competenze che credessero derivare a loro favore dai relativi contratti d' appalto;

c) dal decreto del Governo di Venezia 27 settembre 1832 n. 34870 riportato dal sig. Del Colle a pag. 42 del suindicato suo Manuale, decreto che rimette gli appaltatori della manutenzione delle pubbliche strade e le stazioni appaltanti, in quistione fra loro, per la intelligenza dei capitoli normali del loro contratto a far valere le loro rispettive ragioni davanti al foro civile.

Quella competenza amministrativa non viene distrutta dalle suaccennate normali per le seguenti ragioni.

In primo luogo. Se l' autorità amministrativa è come mi sembra competente ad impedire anche a chi ne ha diritto, nella via amministrativa, di ristaurare una delle suddette pubbliche strade (e non lo impedirà se non per comprovati pubblici riguardi), è impossibile che l' autorità giudiziaria sia competente nello stesso tempo a sindacare le disposizioni prese dalla prima, per disfare quello che la prima ha fatto.

Le leggi come disse l' aulico dispaccio 9 agosto 1832 da me citato nell' annotazione *g* al Capo XXX del trattato primo, non ponno considerare la stessa materia, in parte pubblica ed in parte privata.

Dunque ammessa nella presente quistione la competenza amministrativa per impedire il ristauro, è necessariamente esclusa la giudiziaria competenza.

In secondo luogo. La competenza dell' autorità giudiziaria era ammessa dall' art. 49 della legge 27 marzo 1804 nelle quistioni relative alle strade, che fossero state di natura privata e civile, ma ferme però le provvidenze economiche adottate dall' autorità amministrativa.

Se questa dunque impedì in via economica il suddetto ristauro, ne viene che la sua provvidenza economica non rimarrebbe ferma se l' autorità giudiziaria potesse sindacarla per l' effetto di togliere l' impedimento al ristauro dall' autorità amministrativa decretato.

Dunque l' autorità giudiziaria non può passare per quell' effetto al suddetto sindacato.

In terzo luogo. La notificazione governativa 29 luglio 1821, lasciò è vero libero anche agli appaltatori della manutenzione delle suddette pubbliche strade di adire il foro civile per tutti i titoli e competenze che credessero fondate nei loro contratti; ma però diede facoltà alle rispettive autorità amministrative di prendere in via amministrativa ogni misura atta a far esattamente osservare quei contratti.

Digitized by Google

diritto di ristaurare una pubblica strada, agisce in via amministrativa non per altro che per la tutela che le spetta dei pubblici riguardi.

L' autorità giudiziaria ristretta a conoscere e decidere soltanto ove siano involti i riguardi privati, non è competente a sindacare per renderlo senza effetto l' operato della prima.

Per questo motivo il governativo decreto 27 settembre 1832 n. 33341 ha disposto che se un appaltatore della manutenzione di una pubblica strada nella esecuzione materiale del suo contratto venisse chiamato in giudizio per turbato possesso, oppor debba la incompetenza del giudice civile per ragione di materia.

Se dunque, come fin qui ho dimostrato, quando l' autorità amministrativa nella via che le è propria ha impedito il ristauro di una pubblica strada, l' autorità giudiziaria è incompetente per l' effetto di togliere l' impedimento frapposto da quella prima autorità, ne viene di necessaria conseguenza, che la competenza della suddetta autorità giudiziaria ch' è pur ammessa e dall' art. 49 della legge 27 marzo 1804 e dalle governative normali 29 luglio 1821 e 27 settembre 1832 n. 34870 riguardar debba un punto di quistione del tutto diverso.

2.° Questo punto di quistione poi del tutto diverso è quello di natura privata e civile della indennizzazione.

Quando cioè l' autorità amministrativa pei riguardi naturalmente del pubblico interesse, ha definitivamente deciso che debba essere impedito eziandio a chi ne ha diritto di ristaurare una pubblica strada, parmi che a giudicare se abbia bene o mal fatto decidendo così, per l' effetto di disfare quel ch' ella ha fatto, sia del tutto incompetente l' autorità giudiziaria, appunto perchè si tratta di quel pubblico interesse e del pubblico diritto.

Ma se quegli cui fu dall' autorità amministrativa impedito il ristauro vuole andare in giudizio facendo valere pretensione di natura privata e civile di risarcimento pel trovato impedimento, parmi che possa farlo.

Ed appunto per essere questa quistione di mero diritto privato e civile, parmi che l' autorità giudiziaria sarà competente a deciderla.

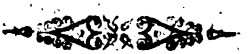
E parmi eziandio che questa autorità, nello scopo non già d' infirmare e di togliere effetto alla decisione amministrativa, ma soltanto di conoscere se il chiesto risarcimento sia o no dovuto, esaminar possa quella decisione, e non sia obbligata ad ammetterla senza esame come giusta e legale.

Non potendo poi l' autorità giudiziaria togliere di vita la decisione dell' autorità amministrativa che impedì il ristauro della strada e non potendo quindi decidere su quella specie di risarcimento che pel § 1323 del Codice civile austriaco consiste nel far restituire le cose nel pristino stato, la sua decisione dovrà limitarsi al pagamento del valore di stima secondo il § stesso.

(*ff*) Alla domanda fatta dal Cipolla come si debba agire contro chi non avendone diritto pone qualche cosa o fabbrica od immette sulla pubblica strada, parmi che rispondano sufficientemente le annotazioni *d* al Capo XXXII del trattato primo, e *q* al presente Capo.

(*gg*) Alla domanda come si debba agire se chi non può proibirlo impedisce a taluno di passare per la pubblica strada, parmi che risponda sufficientemente l' annotazione *r* in principio ed ai numeri 2, 3 e 4.

In quanto alle azioni spettanti a chi fosse in possesso del diritto di passaggio secondo la legge civile su un'altrui strada privata, e ne venisse espulso, veggasi l'annotazione *d* al Capo II del trattato primo.



Digitized by Google

CAPUT IV.

DE SERVITUTES AQUAEDUCTUS.

I. *Servitus aquaeductus est jus ducendi aquam per fundum alienum.* — II. *Jus ducendi aquam per alienum fundum, an sit servitus realis, vel jus tantum personale, quomodo cognoscatur.* — III. *Servitutes personales tantum tres sunt, videlicet ususfructus, usus et habitatio.* — IV. *Jus ducendi aquam ex fundo suo ad fundum meum si quispiam mihi concesserit causa faciendi balneum tantum in fundo meo, in quo panni lavari possint: vel pro aliquo alio usu, qui fundum meum non concernat: an tunc servitus realis vel personalis erit.* — V. *Jus ducendi aquam ex fundo tuo ad fundum meum si mihi debeatur: puta per fistulam causa serviendi familiae meae pro equina et equis, et aliis necessariis pro domo et familia mea, an erit tunc servitus realis, an vero jus personale.* — VI. *Jus aquae ducendae ad piscariam meam, vel cisternam aut puteum, si mihi concedatur, an sit servitus realis, an vere jus personale.* — VII. *Jus aquae ducendae ad piscariam meam, vel cisternam, aut puteum, an sit servitus rustica vel urbana.* — VIII. *Jus aquae ducendae ex fundo tuo ad hortum meum irrigandum, an realis servitus sit.* — IX. *Jus aquae ducendae ex fundo tuo ad hortum meum, etc. an servitus rustica vel urbana.* — X. *Fundus rusticus aut urbanus quando dicatur.* — XI. *Aquaeductus in servitute quid veniat, et quid non.* — XII. *Regula, in re sua quilibet est moderator et arbiter, quomodo intelligatur.* — XIII. *Servitus aquaeductus est sicut anima in-*

CAPO IV.

DELLA SERVITÙ D'ACQUIDOTTO.

I. La servitù d'acquidotto è il diritto di condur l'acqua pel fondo altrui. — II. Se il diritto di condurre l'acqua pel fondo altrui sia servitù reale, o pure un diritto soltanto personale, ed in qual modo si conosca. — III. Le servitù personali sono tre soltanto, cioè l'usufrutto, l'uso e l'abitazione. — IV. Se taluno m'avrà concesso il diritto di condurre l'acqua dal suo fondo al mio, onde costruire in esso un bagno soltanto, nel quale si possano lavare i panni, o per alcun altro uso, che non riguardi il mio fondo, in tal caso la servitù sarà reale o personale? — V. Se mi è dovuto il diritto di condur l'acqua dal tuo al mio fondo, esempigrazia mediante una doccia, affinchè serva per la cucina della mia famiglia, pei cavalli e per altri oggetti necessarii alla mia casa e famiglia, in tal caso vi sarà una servitù reale, oppure un diritto personale? — VI. Se mi è concesso il diritto di condur l'acqua alla mia peschiera, cisterna o pozzo, questa sarà forse una servitù reale, oppure un diritto personale? — VII. Se il suaccennato diritto sia una servitù rustica od urbana. — VIII. Se il diritto di condur l'acqua dal tuo fondo per irrigare il mio orto, sia una servitù reale? — IX. Se tale diritto sia servitù urbana o rustica. — X. Quando un fondo si dica rustico od urbano. — XI. Che cosa venga nelle servitù d'acquidotto, e che cosa no. — XII. In qual modo s'intenda la regola, che ciascuno è moderatore ed arbitro della cosa sua. — XIII. La servitù d'acquidotto è come l'anima intellettiva,

Digitized by Google

fundo facere possit, per quem aquam ad fundum dominantem ducat. — XX. *Rivum an quispiam simpliciter cavare possit.* — XXI. *Rivum, esto, quod aliquis de jure vel ex permissione facere possit, an praedii dominantis dominus illum purgare et reficere poterit.* — XXII. *Jus ducendi aquam per fundum alterius si quispiam habeat, quando et quomodo ipsam aquam ducere poterit.* — XXIII. *Servitus aquaeductus in concessione, sine alterius damno subintelligitur.* — XXIV. *Aquaeductus servitus quomodo acquiratur.* — XXV. *Aqua per seipsam fluens an praescriptionem vel consuetudinem ducere poterit.* — XXVI. *Aqua si ex certo fundo superiore oriatur, et per quendam alveum ad partes inferiores descendat, aquisque aliquando pluvialibus adeo crescat, ut in alveo contineri nequeat: an tunc ille qui est in parte superiori, ripas ita elevare cogatur, ut usque ad mare discurrat.* — XXVII. *Aquaeductus servitutem totam quis habere et concedere possit, et quis etiam ad aquam ducendam cogi valeat.* — XXVIII. *Flumen privatum tribus modis potest dici alicujus esse.* — XXIX. *Aquaeductus servitus, cui, vel quibus concedi possit.* — XXX. *Aquaeductus servitutem si uni concessi, an alteri postea concedere possim.* — XXXI. *Aquaeductus servitutem si tu: cui primo concessi, vis postea aliis concedere an possis.* — XXXII. *Aquaeductus servitus, quomodo, qualiter, quando, et per quem locum constitui vel acquiri possit.* — XXXIII. *Digiti mensura secundum Isidorum quid sit.* — XXXIV. *Fundi servientis per quam partem aquam ducere possis, si non exprimatur: quid juris.* — XXXV. *Aquaeductus servitus si ex flumine debeatur, et ipsum flumen alveum mutaverit, quid juris.* — XXXVI. *Flumen si alveum mutaverit, jus aquae uno impetu perditur, et tunc aliud flumen videtur.* — XXXVII. *Fluminis alvei per mutationem in casibus, in quib. aquaeductus servitus amittitur, an de equitate restituenda sit, ut ex novo vel novis alveis debeatur.* — XXXVIII. *Flumen si ad antiquum alveum redierit an servitus amissa restitui debeat.* — XXXIX. *Aquam ex flumine an cuilibet ducere licitum sit, per occupationem factam propria authoritate.* — XL. *Bononienses licite de flumine Recii aquam ducunt, quae postea in Padum intrat.* — XLI. *Aqua si de unius molendino exeat, et alter eam capere velit, et ad molendinum suum ducere, adeo quod primum molendinum non impediat, an possit.* — XLII. *Forma seu formula, vallum, et seriola, an idem sint.* — XLIII. *Aquam si duo ex flumine publico ad fundum suum ducere velint, et se invicem impediant, quis praeferatur.* — XLIV. *Cautela ducendi aquam ex flumine.* — XLV. *Occupare vel aedificare incepisse, vel aquam ex pub. loc. ducere, quid, remissive.* — XLVI. *Consequentia non valet, aliquis habet potestas vel jus ducendi aquam ex flumine publico vel privato, ergo habet servitute aquae ducendae.* — XLVII. *Aquaeductus servitute quomodo, et qualiter quis uti possit.* — XLVIII. *Aquae ducendae servitutem ad molendinum si quispiam habeat, propter aquarum abundantiam aliud molendinum constituere non poterit.* — XLIX. *Aquae publicae de ductu*

viente, pel quale l'acqua vada al fondo dominante? — XX. Se taluno possa semplicemente formare un rivo? — XXI. Il padrone del fondo dominante può forse purgare e ristaurare il canale, che alcuno, o per diritto e per concessione può costrurre? — XXII. Se taluno ha il diritto di condur acqua pel fondo altrui, in qual modo e quando potrà condurla? — XXIII. La concessione dell'acquidotto s'intende data colla clausola: senza altrui pregiudizio. — XXIV. In qual modo s'acquisti la servitù d'acquidotto. — XXV. Se l'acqua che scorre per se stessa, possa indurre la prescrizione o la consuetudine? — XXVI. Se l'acqua nasca da un certo fondo superiore, e per un dato alveo discenda alle parti inferiori, ed ingrossandosi colle acque piovane cresca così, che non possa più essere contenuta nell'alveo, in tal caso quegli ch'è nella parte superiore, è forse costretto ad innalzare le rive in guisa, che vada così ristretta sino al mare? — XXVII. Chi possa avere e concedere tutta la servitù d'acquidotto, e chi ancora possa esser costretto a condur l'acqua? — XXVIII. In tre modi il fiume privato può dirsi essere di qualcuno. — XXIX. A chi possa essere concessa la servitù d'acquidotto. — XXX. Se ho concesso ad uno la servitù d'acquidotto, la posso forse poi concedere ad un altro? — XXXI. Se tu, cui primamente io ho conceduta la servitù d'acquidotto, volessi poscia concederla ad altri, lo puoi forse? — XXXII. In qual modo, come, quando, e per qual luogo si può costituire ed acquistare la servitù d'acquidotto? — XXXIII. Che sia la misura del dito, secondo Isidoro. — XXXIV. Che di diritto, se non è espresso per qual parte del fondo serviente tu possa condur l'acqua? — XXXV. Che di diritto, se la servitù d'acquidotto è dovuta dal fiume, e questo ha mutato alveo? — XXXVI. Se il fiume avrà mutato alveo, il diritto dell'acqua è perduto per quel fatto, ed allora sembra esservi un altro fiume. — XXXVII. Se la servitù d'acquidotto è perduta per mutamento d'alveo del fiume ne' casi indicati, si dovrà forse restituire per equità, in guisa che sia dovuta dal nuovo o dai nuovi alvei? — XXXVIII. Se il fiume sarà ritornato al suo vecchio alveo, la perduta servitù dovrà forse essere restituita? — XXXIX. Se a chiunque sia permesso condur l'acqua dal fiume per occupazione seguita di propria autorità? — XL. Lecitamente i Bolognesi conducono l'acqua dal fiume Reno, la quale poscia si scarica in Po. — XLI. Se l'acqua esce dal mulino di un tale, ed un altro voglia profittarne e condurla al suo mulino, ancorchè non impedisca il primo molino, lo può forse fare? — XLII. Se forma, o formola, vallo e seriola siano la stessa cosa. — XLIII. Se due vogliono condur l'acqua dal fiume pubblico al loro fondo, e si impediscono vicendevolmente, chi sarà preferito? — XLIV. Cautela nel condur l'acqua dal fiume. — XLV. Quando si dica alcuno aver cominciato ad occupare o fabbricare, o condur acqua dal luogo pubblico, brevemente. — XLVI. Non vale la conseguenza: taluno ha podestà e diritto di condur l'acqua dal fiume pubblico o dal privato; dunque ha la servitù di condur acqua. — XLVII. In qual modo e come alcuno possa usare della servitù d'acquidotto. — XLVIII. Se taluno ha la

Digitized by Google

luti jure imposita servitus videtur. — LIII. *Patientiam solum qui permittit, nec per alia verba servitutem constituit, an servitutem constituere videatur, vel se personaliter obligare.* — LIV. *Aquam duxisse jure servitutis, vel jure simplicis facultatis, quando quis dicatur.* — LV. *Servitus aquaeductus praescripta quanto tempore inducatur, et quae et quot ad istam praescriptionem inducendam requirantur.* — LVI. *Sepem praecidere, mundare, vel per vicini fundum aquam ducere, an servitutem arguant.* — LVII. *Aqua quando discurrisse dicitur jure facultatis tantum, non autem servitutis.* — LVIII. *Possessionem in juribus incorporalibus dare non est.* — LIX. *Differentia quaenam sit quantum ad tempus inter locum publicum et privatum.* — LX. *Aquam si quispiam habebat jus claudendi certis horis, nunquid ita claudere poterit, ut nihil, quod alias stillore consueverat, ad partes inferiores stillare possit.* — LXI. *Aquam ducendi jus servitutis per fundum tuum si habeam, et per rivum apertum duxerim, et nunc rivum subterraneum facere velim, an possim.* — LXII. *Aquam ducendi per vicini fundum si quispiam habuerit, et duxerit per rivum et demum velit novum canalem vel fistulas in rivo collocare, quae nunquam habuerit an possit.* — LXIII. *Aquam per fistula vel canales si primo per vicini fundum duxerim, et nunc per rivum ducere velim, an possim.* — LXIV. *De jure tertii regulariter opponere possim, quando juris agentis exclusivum est.* — LXV. *Vendito equo, quo casu ornamenta, vendita videantur.* — LXVI. *Fundum superiorem si quispiam habuerit, in quo aqua nascatur, quae per subterraneos meatus ad fundum vicini inferiorem descendat: deinde revertatur ad fundum superiorem, an fundi inferioris dominus eam impedire possit.* — LXVII. *Aqua si discurrat a fundo Titii superiori in fundo Sempronii inferiori per venas subterraneas: demum Sempronius fodit in fundo suo, et venas aperit, ita ut tota aqua ad fundum ipsius Sempronii descendat, et desinat ad superficiem fundi Titii ascendere, quid juris.* — LXVIII. *Aquae ducendae jus qui habet, si aliam aquam admiscuit, nunquid prohiberi possit.* — LXIX. *Statuto si cavetur, ut quis possit ducere aquam ex fundo suo per fundum vicini medium, ad aliquem fundum suum inferiorem, solvendo vicino damnum cavationis, et quis velit ducere aquam per fundum vicini ad suum, in quo fundo vicini sunt venae aquarum, si aqua sua cum vicini aqua misceatur, et utraque ad fundum inferiorem transeat, an possit.* — LXX. *Privilegiatus et privilegii causa quando paris potentiae fuerint, possidentis potior conditio est.* — LXXI. *Aqua si ex fundo meo superiori ad tuum inferiorem descendat, et totum fundum tuum inundet ex magna aquarum abundantia: quaeritur an ego, qui sum dominus fundi superioris, aquam in fundo meo retinere cogar, faciendo fossam, aggeres, etc. Secundo, posito, quod non cogar retinere, an te inferiorem cogere possim, ut eam in fundo tuo recipias, vel patiaris, quod aqua descendat ex meo ad tuum, et ex tuo ad alium inferiorem.* — LXXII. *Si per servitutis conventionem factum fuerit, ut superior vicinus aquam in fundo suo retinere teneatur, vel inferior teneatur eam forsa recipere: nunquid superior vel inferior teneatur purgare vel aggeres facere aut munire.* — LXXIII. *Sentiu-*

tudine la servitù sembra imposta di diritto. — LIII. Chi promette la sola pazienza, nè con altre parole costituisce la servitù, sembra forse costituir questa, ed obbligarsi personalmente? — LIV. Quando si dica che alcuno ha condotto l'acqua per diritto di servitù, o per diritto di semplice facoltà. — LV. In quanto tempo si preseriva la servitù d'acquidotto, e quali cose e quante sieno necessarie ad indurre tale prescrizione? — LVI. Se il tagliare la siepe, il nettare o far nettare nel fondo del vicino, o il condur acqua pel fondo del vicino, sieno argomenti di servitù. — LVII. Quando si dica l'acqua aver corso soltanto per diritto di facoltà, non già di servitù. — LVIII. Non vi è dazione di possesso nei diritti incorporali.—LIX. Qual differenza vi sia rispetto al tempo fra il luogo pubblico ed il privato. — LX. Se taluno aveva il diritto di chiuder l'acqua in certe ore, la potrà forse chiudere in modo, che niente di ciò che soleva stillare in passato, possa più scolare alle parti inferiori? — LXI. Se io ho il diritto di servitù di condur acqua pel tuo fondo, e l'avrò condotta per un canale aperto, ed ora volessi costruire un canale sotterraneo, lo posso io forse?—LXII. Se alcuno, avendo il diritto di condur acqua pel fondo del vicino, avralla condotta per un canale, e di poi voglia collocare in questo una nuova doccia o condotto, che mai aveva avuti, lo potrà forse?—LXIII. Se dapprima avrò condotto l'acqua mediante condotti o doccie pel fondo del vicino, ed ora voglio condurla per un canale, lo posso io forse? LXIV. Di regola non posso opporre circa il diritto d'un terzo, quando è esclusivo dell'agente. — LXV. In qual caso nella vendita d'un cavallo sembreranno venduti gli ornamenti. — LXVI. Se alcuno avrà un fondo superiore, nel quale nasca l'acqua, la quale per sotterranee vie discenda al fondo inferiore del vicino, poscia ritorni al fondo superiore, il padrone del fondo inferiore può forse impedir ciò? — LXVII. Che di diritto, se un'acqua scorse dal fondo superiore di Tizio al fondo inferiore di Sempronio mediante vene sotterranee; dippoi Sempronio cavi nel suo fondo ed apra le vene così, che tutta l'acqua discenda al fondo dello stesso Sempronio, e cessi di salire alla superficie del fondo di Tizio. — LXVIII. Se chi ha diritto di condur acqua, vi mesce dentro altra acqua, gli può forse ciò essere vietato? — LXIX. Se lo statuto dispone, che alcuno possa condur acqua dal fondo suo per il fondo intermedio del vicino ad un altro suo fondo inferiore, pagando al vicino il danno dello scavamento: e taluno voglia condur l'acqua al suo fondo per il fondo del vicino, nel quale sono le vene dell'acqua, e per tale condotta l'acqua sua si mesca con quella del vicino, ed ambedue discendano al fondo inferiore, lo potrà forse? — LXX. Quando il privilegiato e la causa del privilegio sono di pari potenza, è migliore la condizione di chi possede. — LXXI. Se l'acqua discende pel mio fondo superiore al tuo inferiore, ed inonda tutto il tuo fondo per grande abbondanza di acque, si dimanda se io, che sono padrone del fondo superiore, sia costretto a ritener l'acqua nel mio fondo, cavando fosse, costruendo argini ecc. In secondo luogo, posto ch'io non sia costretto a ritenerla, se io possa forzare il proprietario inferiore a riceverla nel tuo fondo, od a soffrire che l'acqua discenda dal mio al tuo, e dal tuo ad un altro inferiore. — LXXII. Se per contratto di servitù fu statuito, che il vicino superiore sia obbligato a tener l'acqua nel suo fondo, o che l'inferiore debba riceverla nella fossa: il proprietario superiore o l'inferiore è

Digitized by Google

reficiat, ne fundo superioris servientis nocere habeat. — LXXV. *Aquam qui excludit, quam naturaliter, et servitutis jure in fundum recipere tenebatur; ne in suum fundum veniat, sed in alium derinetur, an aquae plu. arcen. teneatur.* — LXXVI. *Servitutem si mihi concesseris, ut opere manu facto aquam fluentem in meo ex tuo derivare possim, etiam si tibi noceat, an intelligatur etiamsi ultra modum noceat.* — LXXVII. *Fundus inferior, an aquam ex fundo superiori supervenientem recipere teneatur, quando natura loci subest, nec pactio aliqua intervenerit.* — LXXVIII. *Aquam propter inundationem si propria authoritate in rivo sive fovea, vel in aggeribus coronellas feceris, ne aqua subabundans in fundum flueret, an impune eas removere possim.* — LXXIX. *Conventio quando nulla extat, nec loci natura servitutem imponit, quid juris, ubi etiam quid servitus, per vetustatem, seu praescriptionem acquisita operetur.* — LXXX. *In aquarum servitutibus circa vetustatem, seu praescriptionem, quantum temporis requiratur.*—LXXXI. *Servitus quando causam continuam vel discontinuam habere dicatur.* — LXXXII. *Aqua si ad vicini fundum per plures rivos discurrere solita fuerit, an in unum rivum tantum transmitti valeat.* — LXXXIII. *De aquis quid servandum est quando non est aliqua conventio, nec loci natura aliquid declarat, nec loci vetustas subest.* — LXXXIV. *Aqua quando aliquid moderate, vel immoderate fieri dicatur.* — LXXXV. *Servitus aquaeductus qui debetur, an causa aquae ducendae lapideum arcum facere teneatur.* — LXXXVI. *Servitutem vel jus aquae ducendae habens an possit arcum seu pontem lapideum facere supra alium aquaeductum alienum.* — LXXXVII. *Servitutem itineris qui habet, an possit facere pontem supra locum, per quem aqua ducitur, invito eo, cui aquaeductus servitus debetur.* — LXXXVIII. *Servitus cui debetur per rivum aquaeductus in vicini fundo, si velit juxta pontem fossam facere, in qua aquae congregentur, et ipsas postea per rivum ducere, an possit.* — LXXXIX. *Aquae ducendae de rivo qui jus habet, an cuniculum subterraneum, per quem aquam ducat, facere valeat.* — XC. *Rivos manu tenere, et eos purgare, et aggeres reficere, quis teneatur, et cujus expensis.* — XCI. *Barones, et Comites, et alii superiores colligentes pedagia, vectigalia, stratas securas tenere debent.* — XCII. *In fundo si quispiam usumfructum habeat, et alius proprietatem, aliqua impensa necessaria pro cloaca, vel ob aquaeductus formulam occurat, illa ad usufructuarium, et non ad proprietarium spectat.* — XCIII. *Aquaeductus servitus qualiter retineatur, et in ea quis teneri debeat.* — XCIV. *Flumine ex publico non perenni de praetoris aequitate servitus constitui potest.* — XCV. *Aquaeductus servitus quomodo amittatur.* — XCVI. *Aquaeductus servitus propter fluminis inundationem an pereat.* — XCVII. *Possessio vel quasi aquae per maiorem inundationem, sicut possessio territorii an perdatur.* — XCVIII. *Aquae alterius per immissionem, de qua nulla servitus debetur: an aquaeductus servitus amittatur.* — XCIX. *Aquaeductus circa materiam, quomodo in judicio procedatur.* — C. *In intentato aquae ducendae libelli forma quae sit.* —

de la ristauri, affinchè non abbia a recar danno al fondo inferiore serviente? — LXXV. Se sia tenuto coll'azione *acquae pluviae arcendae* chi espelle dal suo fondo l'acqua, che naturalmente e per diritto di servitù era tenuto a ricevere in esso, affinchè in questo non venga, ma vada nell' altrui fondo. — LXXVI. Se mi avrai concessa la servitù, ch'io possa derivare mediante un manufatto dal tuo fondo l' acqua nel mio, sebbene ciò ti nuoccia, s' intende forse compresa la clausola: benchè nuoccia oltremodo? — LXXVII. Se il fondo inferiore sia obbligato a ricevere l' acqua proveniente dal fondo superiore, allorquando lo chiede la natura del sito, e non fu fatta su ciò convenzione alcuna. — LXXVIII. Se tu, a cagione di preservar il tuo fondo da innondazione, avrai fatti nel canale, nel fossato o negli argini alcuni lavori, che si chiamano *coronelle*, affinchè l'acqua soprabbondante non penetri nel fondo, potrò io impunemente tor via que' lavori? — LXXIX. Che di diritto nel caso che nessuna convenzione esistesse, nè la situazione del luogo imponesse una servitù? ove ancora si mostra che cosa operi la servitù acquistata per vecchiezza e per prescrizione. — LXXX. Quanto tempo sia necessario, rispetto alla vetustà o prescrizione, nelle servitù d' acqua. — LXXXI. Quando si dica la servitù avere una causa continua o discontinua. — LXXXII. Se si possa raccogliere e trasmettere in un solo canale l'acqua, che solitamente correva per più rivi al fondo del vicino. — LXXXIII. Che cosa si debba osservare circa le acque, allorquando non esista alcuna convenzione, nè la natura del luogo dà alcun lume, nè vi entra vetustà del sito. — LXXXIV. Quando si dica usarsi dell' acqua moderatamente e smoderatamente. — LXXXV. Quegli, cui è dovuta la servitù d'acquidotto, è forse tenuto a costruire un arco di pietra per condur l' acqua? — LXXXVI. Chi ha la servitù o il diritto di condur acqua può forse costruire sopra l'altrui acquidotto un arco o ponte di pietra? — LXXXVII. Quegli che ha la servitù di passaggio, può forse costrurre un ponte sopra il luogo, pel quale si conduce l' acqua, contro volontà di colui cui è dovuta la servitù d'acquidotto? — LXXXVIII. Quegli, cui è dovuta mediante un canale la servitù d' acquidotto nel fondo vicino, se vuole presso il ponte fare una fossa, ed ivi adunar l'acqua onde poscia condurla pel canale, lo può forse? — LXXXIX. Chi ha il diritto di condur l' acqua dal rivo, può forse fare un condotto sotterraneo pel quale condurla? — XC. Chi sia obbligato a mantenere i canali, a purgarli, a ristaurare gli argini, ed a spese di chi? — XCI. I Baroni, i Conti ed altri magnati, che riscuotono i pedaggi e le gabelle, devono mantener sicure le strade. — XCII. Se di un fondo uno ha l' usufrutto ed un altro la proprietà, ed occorra alcuna spesa necessaria per la cloaca o pei manufatti dell' acquidotto, essa spetta all' usufruttuario, non già al proprietario. — XCIII. In qual modo si conservi la servitù d'aquidotto, e chi per essa debba essere obbligato. — XCIV. Per equità pretoria si può costituire una servitù di condur acqua dal fiume pubblico non perenne. — XCV. In qual modo si perda la servitù d' acquidotto. — XCVI. Se la servitù di acquidotto perisca per innondazione del fiume. — XCVII. Se il possesso o quasi-possesso dell' acqua si perda per una innondazione maggiore. — XCVIII. Se la servitù d' acquidotto si perda per la immissione

Digitized by Google

petat. quo interdictum de aqua aestiva. — CVII. *Positiones actoris in interdicto de aqua quotidiana quomodo fiant.* — CVIII. *Positiones rei in interdicto de aqua, etc. quomodo fiant.* — CIX. *Libellus in interdicto de aqua ex castello, etc. quomodo fieri debeat.* — CX. *Positiones actoris in interdicto de aqua ex castello, etc. quomodo fiant.* — CXI. *Positionum rei forma in interdicto de aqua ex castello, etc. qualis esse debeat.* — CXII. *Rivus, specus, septa, et incile: quae loca dicantur.* — CXIII. *Interdictum de rivis ad hoc ut competat quae requirantur.* — CXIV. *Rivum si reficere velim, et adversarius meus contra me negatoriam intentet, an refectione prohibendus sim.* — CXV. *Libellus in interdicto de rivis quomodo fieri debeat.* — CXVI. *Libellum de aliqua aqua si quispiam per septa, vel cuniculum, vel specum de puteo concipiat, an interdicto de rivis recte proponatur.* — CXVII. *Positiones actoris in interdicto de rivis quomodo fiant.* — CXVIII. *Positionum rei forma in interdicto de rivis qualis esse debeat.*

quello dell'acqua estiva. — CVII. In qual modo si facciano le posizioni dell'attore nell'interdetto dell'acqua quotidiana. — CVIII. In qual modo si facciano le posizioni nell'interdetto dell'acqua estiva. — CIX. In qual modo debba esser fatto il libello nell'interdetto dell'acqua dal castello. — CX. Come si formino le posizioni dell'attore in questo interdetto. — CXI. Come si formino quelle del reo. — CXII. Quali luoghi si appellino rivo, specula, serraglio, ed incile. — CXIII. Che cosa si richiegga perchè competa l'interdetto dei rivi. — CXIV. S'io voglio ristaurare il rivo, ed il mio avversario intenta contro di me l'azione negatoria, m'è forse proibito di farlo? — CXV. In qual modo debba esser fatto il libello nell'interdetto dei rivi. — CXVI. Se alcuno forma un libello sopra l'acqua rispetto ai serragli, ai condotti sotterranei, alla specola, od al pozzo, è egli forse rettamente proposto coll'interdetto dei rivi? — CXVII. Come si facciano le posizioni dell'attore nell'interdetto dei rivi. — CXVIII. Come debbano esser formate quelle del reo.

I. *Servitus aquaeductus est jus ducendi aquam* (1*) *per fundum alienum* (1), *et dicitur haec servitus jus rusticorum praed.* (2), *et propterea rustica servitus appellatur, ut dictis juribus* (3); *et videtur jus, quia non in facto, sed in jure consistit, quod est incorporale* (4). *Item dicitur jus ducendi, quod intellige sive per fistulam* (2*), *sive per quodlibet instrumentum fictile* (5), *etiam si nihil in servitute constituenda comprehensum esset, dummodo nullum damnum per hoc domino fundi servientis detur* (6), *non autem duci potest per lapidem manu stratum* (7). *Item dum dixi in definitione, aquam, subaudi sive inventam, sive inveniendam* (8). *Quod intellige, ut sit servitus, quando est aqua inventa, non post* (9). *Item dixi in definitione per fundum alienum, quia sine fundo non potest constitui servitus* (10), *et alienum ideo dixi: quia in re sua non potest constitui servitus: quia res sua nemini servit* (11), *alias non constituta servitute non potest quis aquam per fundum alterius ducere* (12), *et si ducatur sine domini voluntate, poterit dominus fundi propria authoritate inter-*

I. La servitù d'acquidotto è il diritto di condur acqua (1*) pel fondo altrui; e si dice diritto dei fondi rustici; quindi si chiama servitù rustica. E sembra essere un diritto, perchè consiste non già in un fatto, ma in un diritto, il quale è incorporale. Parimente si dice diritto di condurre; locchè intendi avvenire o mediante condotti (2*), o mediante qualsivoglia altro istrumento di terra, anche se nulla intorno ciò fosse stato pattuito nella costituzione della servitù, purchè in forza di tal cagione non si apporti alcun danno al padrone del fondo serviente. Non però si può condur acqua mediante pietra collocata a mano. Parimente avendo io posto nella definizione la parola *acqua*, sottintendi, o rinvenuta o da rinvenirsi. Ed intendi esservi servitù, quando l'acqua è trovata, non dopo. Parimente ho detto nella definizione: *per il fondo altrui*, perchè senza fondo la servitù non può essere costituita; e dissi *altrui*, perchè non può costituirsi sulla cosa propria; dacchè la cosa propria non serve ad alcuno. Diversamente, non essendo costituita la servitù, nessuno può condur acqua pel fondo altrui; e se vien condotta senza licenza del padrone del fondo, potrà questi proibirlo di sua autorità, e rimuoverla dal suo fondo. Lo che pro-

Digitized by Google

dicere et removere (1), *nisi quis acquisivisset jus ducendi aquam per fundum alterius ex praescriptione vel consuetudine* (2), *quia jus aquae quod competit ex consuetudine, est fortius quam illud, quod competit ex pactis privatorum* (3), *et praedicta intellige in aqua, quae sic duceretur volente domino, vel habeat potestatem ducendi a domino: puta ab eo, in cujus loco oritur aqua, vel ab alio, qui haberet potestatem concedendi* (4), *vel sibi ex praescriptione vel consuetudine acquisivisset jus aquae ducendae* (5), *alias non posset aquam ducere* (6).

II. *Secundo principaliter quaero, quomodo cognoscatur, an jus ducendi aquam per fundum alienum sit servitus realis, vel jus tantum personale? In hoc puto sic esse notabiliter distinguendum: aut quis habet jus ducendi aquam, ex uno fundo ad fundum suum: vel ex pacto, vel testamento, aut alio modo: aut quis habet jus ducendi aquam non ad fundum suum: qui nullum habet ad quem velit aquam ducere. Primo casu subdistingue: aut tale jus ducendi non debet finiri cum persona, et transit cum praedio, et dicitur servitus realis: puta si quis habet jus ducendi aquam per fundum vicini ad fundum suum causa ipsum irrigandi* (7). *Aut tale jus ducendi aquam debet finiri cum persona: puta, concedo tibi, quod toto tempore vitae tuae tantum possis ducere aquam ex fundo meo ad fundum tuum causa ipsum irrigandi, et in hoc fuerunt opiniones inter gloss. Nam Rog. tenet, quod hoc casu sit servitus personalis* (8), *et haec opinio videtur probari ratione: quia servitus realis non personae, sed praedio debetur* (9), *sed si praedio deberetur, non extinguaretur cum persona: imo transiret ad haeredem et emptorem* (10); *ergo debet dici personalis servitus, non realis. Item quia servitutes reales solent esse*

cede, fuor che quando alcuno avesse acquistato il diritto di condur acqua pel fondo altrui mediante prescrizione o consuetudine; perchè il diritto d'acqua, che compete per consuetudine, è più forte di quello che compete per patti di privati. Le predette cose intendi aver luogo per l'acqua, che in tal guisa venisse condotta per volontà del padrone, o da uno che avesse dal padrone facoltà di condurla; per esempio, da quello nel cui sito nasce l'acqua, o da un altro che avesse potestà di concederla, o che si avesse acquistato o per prescrizione o per consuetudine il diritto di condur acqua; altrimenti non potrebbe condurla.

II. In secondo luogo principalmente dimando: in qual modo si conosca, se il diritto di condur acqua pel fondo altrui sia una servitù reale, o soltanto un gius personale? In questa parte io stimo, che così notabilmente si debba distinguere: Od alcuno ha il diritto di condur acqua da un altro fondo al proprio, o per patto, o per testamento, od in altro modo. Od alcuno ha il diritto di condur acqua, ma non al proprio fondo, perchè non ne ha alcuno, al quale possa condur acqua. Nel primo caso suddistingno: O tale diritto di condurre non deve finire colla persona, ma passa col fondo, e si dice servitù reale, come se alcuno avesse il diritto di condur acqua dal fondo del vicino al proprio onde irrigarlo. O tale diritto di condur acqua deve finire con la persona; per esempio: io ti concedo, che in tutto il tempo della tua vita soltanto possa condur acqua dal mio fondo al tuo onde irrigarlo; ed intorno a ciò varie furono le opinioni dei glossatori. Imperocchè Roggero crede che in questo caso vi sia una servitù personale; e questa opinione sembra esser provata dalla ragione, che la servitù reale è dovuta al fondo, non già alla persona. Ma siccome se fosse dovuta al fondo, non si estinguerebbe con la persona, anzi passerebbe all'erede ed al compratore; così si deve dire servitù personale, e non reale. Del pari per la ragione, che le servitù reali sogliono essere perpetue, e

(1) *Ut l. quemadmod. § 1. ff. ad l. Aquil.*
(2) *Ut dicam in 4. principali.*
(3) *Ut eleganter not. Bal. in tit. de pace Constant. in 3i qu. super vers. salvo jure aquae. L. ambrensis.*
(4) *Ut dicam in 5. principali.*
(5) *Ut dicam in 4. quaest. principali.*
(6) *L. aquam. C. de serv. et aqua.*
(7) *Ut l. pecoris cum l. sequ. ff. de serv. rust. praed. et l. cum fundo, conjuncta l. constitui. § si fundus. eod. titul.*
(8) *Per text. in L. Mela. § fin. ibi servitus est persona, D. de alim. et cibar. lega. et l. si mihi quod tempore, § fin. D. de servitutibus rusticorum praediorum, et l. non solum, § tale. D. li. d. et l. si binas aedes, D. de usufruct.*
(9) *L. unus ex sociis, D. de serv. rust. praedio. et l. qui aliena, § final. D. de negot. gest.*
(10) *Ut dix. leg. via constitui, § si fundus.*

Digitized by Google

perpetuae (1), *et h[illegible] opinio referitur per gloss.* (2) *et per Cyn.* (3). *Sed contrarium videtur, videlicet quod talis servitus sit realis* (3*), *non personalis* (4), *et haec opinio probatur* in d. l. pecoris, in princ. *Item quia servitus quae debetur ab uno praedio alteri praedio, dicitur esse praedialis et realis, non personalis* (5).

III. *Item quod tres tantum personales servitutes, videlicet ususfruct., usus et habitatio. Et aliqui dicunt, quod est etiam ministerium servorum* (6), *sed istae non sunt de illis: ergo debemus dicere: quia sunt servitutes reales. Nec obst.* (7) *quae videntur dicere talem servitutem esse personalem: quia debet intelligi et exponi in servitute personae, hoc est praedialis, quae finitur cum persona, quando hoc actum est: et sic dicimus personale, quantum ad hoc, ut in concepta persona respectu commodi finiatur, non sui. Nam postea etiam durat* (8), *et per hoc cessant rationes supr. pro parte negativa adductae, et pro ista opin. est casus in l. 4. ff. de serv. et istam opin. Joan. communiter sequuntur Dd.* (9). *Secundo casu princ. quando quis habet jus ducendi aquam non ad fundum suum, quia nullum habet cui possit servitus deberi, an dicatur servitus vel jus personale? et Rog. dixit; quod est servitus personalis, si hoc velit relinquens vel constituens* (10), *sed gloss. tenet secundum Jacob. et Azo. quod non sit servitus personalis, sed potius quoddam jus personale, quod actione personali isto pacto debetur* (11), *et hanc opinionem sequuntur ibi communiter Dd.; et hoc est utile scire, an sit servitus, vel jus personale: quia si est servitus, competit confessoria illi, cui debetur servitus* (12). *Sed si esset jus personale, competet tantum actio personalis. Item si est servitus, potest agi contra quemcunque possessorem fundi* (13). *Sed si non est servitus, sed tantum jus personale, potest agi contra*

(1) *Ut l. forma, § quanquam, de censi.*
(2) *In d. l. Mela. § fi. et in l. si quis binas, et in l. pecoris praealleg.*
(3) *In rubr. C. de usufruct.*

questa opinione è riferita dalla glossa e da Cino. Tuttavolta sembra esser vero l'opposto, cioè che tale servitù sia reale (3*) e non personale; e questa opinione è sostenuta dalla legge *pecoris ff. de serv. rust. praed.* Così pure per la ragione, che la servitù, che è dovuta da un predio ad un altro, si dice esser prediale e reale, non già personale.

III. Così pure perchè tre sole sono le servitù personali, cioè l'usufrutto, l'uso e l'abitazione. Ed alcuni dicono, che è tale anche il ministero dei servi; ma questa non è di quelle; dunque dobbiamo dire, ch'è servitù reale. Nè a ciò fanno ostacolo certi testi, i quali sembrano dire che tale servitù è personale, perchè si devono intendere ed esporre nel riguardo della servitù della persona, ch'è prediale e finisce colla persona, quando ciò è pattuito; e perciò la diciamo personale, cioè rispetto a questo, che finisce nella persona contemplata quanto al comodo, ma non per sè stessa, dacchè dura anche dopo. Per questo motivo cessano le ragioni sopraccennate ed addotte per l'opinione negativa; ed a sostegno di tale sentenza vi è un caso nella legge 4 *ff. de serv.*, oltrechè essa è seguita da Giovanni, e communemente da tutti i Dottori. — Nel secondo caso principale, quando, cioè, alcuno ha diritto di condur acqua, ma non al suo fondo, perchè non ne ha alcuno cui possa esser dovuta tale servitù, questa si dirà servitù oppure diritto personale, se ciò vuole il permittente o costituente. Ma la glossa, secondo Giacomo ed Azzone, stima che non sia servitù personale, ma piuttosto un certo gius personale, che coll'azione personale è dovuto a tale patto; e questa è opinione comunemente seguita dai Dottori; e veramente è utile il sapere, se sia servitù o diritto personale, perchè se è servitù, compete la negatoria a quegli cui è dovuta; ma se è un gius personale, gli competerebbe soltanto un'azione personale. Parimente, se è servitù, si può agire contro qualunque possessore del fondo; ma se è un gius personale, si

cum l. sequen. facit. l. obligationum fere. § placet ff. de act. et obl.
(9) *In locis praealleg.*
(10) *Per d. l. Mela. § final. et per l. Lucius. ff.*

Digitized by Google

illum tantum, qui cessit illud jus, et non contra alium (1).

IV. *Sed circa praedicta posset dubitari, quid si aliquis concessit mihi jus ducendi aquam ex fundo suo ad fundum meum, causa faciendi balneum tantum in fundo meo, in quo lavari possint panni, vel pro aliquo alio usu, qui non concernat fundum meum, an tunc erit servitus realis vel personalis? Et videtur, quod non sit realis, sed solum jus personale* (2). *Item quia servitus realis dicitur illa, quae fit propter necessitatem fundi tui debentis servitutem* (3), *ergo ista non potest esse realis, quia non debetur pro necessitate fundi sed pro persona tantum. Et propterea non videtur, quod sit etiam servitus personalis, per ea quae supra dicta sunt. Ego tamen peto, quod imo sit servitus praedialis, et realis, quia praedio debetur, in quo est balneum vel lavellum* (4). *Maxime, et patet etiam hoc ex his quae dicam in sequent.*

V. *Sed quid si debetur mihi jus ducendi aquam ex fundo tuo ad fundum meum, puta per fistulam causa serviendi familiae meae, puta pro coquina, et pro equis, et aliis necessariis pro domo et familia mea, an erit tunc servitus realis, an jus personale? et difficultas videtur in hoc consistere: quia aut dicimus quod tale jus debeatur domui meae, et erit jus tantum personale, per supra dicta. Et videtur quod potius debeatur mihi: et sic fit jus personale, quia principaliter istud fit propter me et familiam meam: et non propter furtum, licet fit in fundo: et ideo videtur quod debemus attendere, quod principaliter fit* (5). *Ego credo quod potius sit servitus realis, quia debetur fundo meo: et licet personae commoditas quaeratur, praedii tamen dicitur. Unde jus praedii potius, quam personae consideratur* (6).

VI. *Item quid si concedatur mihi jus aquae ducendae ad piscariam meam vel cisternam aut puteum, an sit servitus realis, an jus personale? et teneo quod sit*

può agire contro di quello soltanto che cesse quel diritto, e non contro altri.

IV. Ma circa le predette cose può sorgere un dubbio nel caso seguente. Taluno mi concesse il diritto di condur acqua dal suo fondo al mio, affinchè io costruissi soltanto un bagno nel mio fondo, nel quale potessi lavare i panni, o per qualche altro uso che non risguarda il mio fondo; questa sarà forse servitù reale o personale? Sembra che non sia reale, ma soltanto un gius personale, in forza de' testi. Parimente, perchè servitù reale si dice quella che si costituisce per la necessità del tuo fondo, che deve la servitù. Dunque questa non può essere reale, perchè non è dovuta per necessità del fondo, ma soltanto per la persona. E perciò ancora non sembra che sia servitù personale, per le cose contradette. Io credo nondimeno, che anzi sia una servitù prediale e reale, perchè è dovuta al fondo, nel quale è posto il bagno od il lavatojo; lo che si conosce anche per ciò che dirò appresso.

V. Ma che di diritto, se mi è dovuto il diritto di condur acqua dal tuo fondo al mio, per esempio, mediante un condotto, affinchè serva alla mia famiglia, verbigrazia, per la cucina o pei cavalli o per altri scopi necessarii alla mia casa e famiglia? Questa sarà forse servitù reale, oppure un diritto personale? Sarà un diritto personale soltanto, per le cose sopradette. Ed invero sembra che sia dovuto soltanto a me, e così diventa un gius personale, perchè ciò si fa principalmente per me e per la mia famiglia, e non di furto, benchè sia nel fondo; e però sembra doversi attendere ciò che principalmente si fa. Io credo poi che sia piuttosto una servitù reale, perchè è dovuta al mio fondo, e benchè riguardi la comodità della persona, nondimeno si dice essere del fondo. Laonde si considera piuttosto diritto del fondo, che della persona.

VI. Del pari, che di diritto, se mi è concesso il diritto di condur acqua alla mia peschiera o cisterna o pozzo? questa sarà servitù reale od un gius personale? Stimo

Digitized by Google

servitus realis: ex qua debetur ex fundo, quando piscaria, puteus; vel cisterna sunt pars fundi (1).

VII. *Sed tunc insurgit dubium, an ista servitus realis sit rustica vel urbana. De quo dic, ut in proxima qu. sequent.*

VIII. *Ultimo quid si debetur jus aquae ducendae ex fundo tuo ad hortum meum irrigandum, an sit servitus realis? et dicendum sine dubio, quod sic: quia debetur a fundo et propter necessitatem fundi dominantis* (2).

IX. *Sed dubium est, an talis servitus sit rustica vel urbana. In quo sic breviter concludas. Aut uterque est fundus rusticus et erit rustica servitus: aut uterque urbanus, et erit urbana* (3). *Aut unus est fundus urbanus, et alius rusticus, et tunc judicatur rustica vel urbana, habito respectu ad fundum cui servitus debetur, quia si ille est urbanus, dicetur urbana: si est rusticus, dicetur rustica* (4). *De quo vide plenissime in libr. superiori in 4. divisione princ. servitutis, et dixi etiam supra de servitute projiciendi in princ.*

X. *Quando autem dicatur fundus rusticus vel urbanus* (5), *et non omittas, quia per ea quae ibi dicuntur, declarantur supra scriptae quaestiones: et ex praedictis colligi potest, quod jus aquae ducendae licet sit principaliter rustica servitus* (6), *tamen etiam potest esse urbana, quando scilicet debetur fundo urbano, sicut dixi supra de servitute protegendi, et de servitute oneris ferendi, quae possunt esse rusticae et urbanae, et dicam etiam infra de servit., ut dicet altius in princ.*

XI. *Tertio principaliter quaero, quid contineatur et veniat in servitute aquaeductus, et quid non? Circa quod dicas primo, quod veniunt omnia quae in divisione servitutis supra in princ. dicta sunt. Item venit aqua tunc, quatenus est opus fundo dominanti* (7), *et istud est regulariter omnium servitutum realium, ut secun-*

che sia servitù reale, perchè è dovuta dal fondo, mentre la peschiera, la cisterna od il pozzo sono parte del fondo.

VII. Ma allora sorge il dubbio, se questa sia servitù rustica od urbana? Di', come nella questione seguente.

VIII. Infine, se m' è dovuto il diritto di condur acqua dal tuo fondo per irrigare il mio orto; questa sarà forse una servitù reale? Senza dubbio deve dirsi che sì, perchè è dovuta dal fondo e per la necessità del fondo dominante.

IX. Ma si dubita, se essa sia urbana o rustica? Circa questo brevemente conchiudi. O l' uno o l' altro sono fondi rustici, ed allora è servitù rustica. Od entrambi sono urbani, ed allora è servitù urbana. Od uno è fondo urbano e l' altro rustico, ed allora si reputa rustica od urbana, avuto rispetto al fondo, cui è dovuta; quindi se esso è urbano, si dirà urbana; se è rustico, rustica. Intorno a ciò vedi quanto ho detto prima a suo luogo.

X. Quando poi il fondo si dica rustico od urbano vedi a suo luogo, e non omettere questa cognizione, perchè mediante quello che scrissi circa ciò, si risolvono le questioni sopra indicate. Dalle predette cose si può raccorre, che il diritto di condur acqua, benchè sia precipuamente una servitù rustica, tuttavolta può essere anche urbana, quando cioè è dovuta al fondo urbano, come dissi più sopra nella servitù di sportare e di portare il peso, le quali possono essere rustiche ed urbane, e come dirò poscia in quella di innalzare.

XI. In terzo luogo chieggo principalmente, che cosa si comprenda e venga nella servitù d'acquidotto, e che cosa no? Intorno a che, dirai primamente, che si comprendono tutte quelle cose che sono indicate nella sopradetta divisione della servitù. Così pure si contiene l' acqua sino a quanto ne abbisogna il fondo dominante, e questo

Digitized by Google

unt (1), *et ideo si concessa est uni servitus aquaeductus per me, possum etiam postea alteri concedere aquaeductum, si aqua satisfacit utrique* (2). *Sed si est mihi concessa servitus aquaeductus pro fundo meo, non possum eam pro alieno fundo concedere, quia servitus quae debetur fundo meo, intelligitur secundum necessitatem fundi mei, et non alterius* (3), *et de hoc est casu* (4).

XII. *Nec obstat si dicatur, servitus mihi concessa per alienum fundum, est mea: ergo de ea disponere possum, sicut volo: quia regula est, quod in re sua quilibet est moderator et arbiter* (5), *quia illa regula procedit quando quis disponit de eo, quod suum libere; at hoc habet certam formam, videlicet ut mihi debeatur pro necessitate fundi mei tantum a qua forma recedere non possum* (6), *et in hoc non habet locum regula* d. l. in re mandata (7). *Et quod dixi, quod aquam debitam fundo meo non possum alteri fundo concedere, intellige antequam ingressa sit in fundum meum, cujus servitus est constituta, sed postquam est ingressa, possum ducere ad alias partes, et alteri concedere pro libito voluntatis, nisi nocitura sit ei fundo ex quo ducitur* (8).

XIII. *Item in servitute aquaeductus hoc continetur, ut omnibus partibus fundi dominantis acquiratur* (9), *et ideo dicitur esse tota in toto, et tota in qualibet ejus parte, sicut anima dicitur esse tota in toto corpore, et tota in qualibet ejus parte* (10). *Et ex praedictis infert ad plures conclusiones. Prima est, quod si fundo meo debetur servitus aquaeductus illud jus servitutis est totum in toto fundo meo, et totum in qualibet ejus parte. Secunda conclusio est, quod licet illa aqua sit magis utilis vel necessaria uni partium dicti fundi mei quam alteri parti, non consideratur ista major utilitas vel necessitas a qua est tota ista servitus in qualibet parte fundi* (4*) *mei dominantis* (11). *Tertia*

corre al fondo. E però se da me viene concessa ad alcuno la servitù d' acquidotto, io posso dopo concedere l' acquidotto anche ad un altro, se l' acqua basta ad ambidue. Ma se mi è concessa la servitù d' acquidotto per il mio fondo, non posso concederla a favore del fondo altrui, perchè la servitù che è dovuta al mio fondo, s' intende concessa giusta la necessità di quello, e non di un altro.

XII. Ned osta che si dica: la servitù concessami pel fondo altrui, è mia; dunque io posso disporre di essa, come voglio, perchè è regola, che ciascuno è moderatore ed arbitro della cosa sua. Conciossiachè quella regola procede, quando alcuno dispone di ciò ch' è suo liberamente; ma questa specie ha una forma certa, cioè, che mi sia dovuta per la necessità del mio fondo soltanto, dalla quale forma io non posso recedere; ed in essa non ha luogo la regola posta nella legge *in re mandata Cod. mand.* E ciò che dissi, che io non posso concedere ad un altro fondo la servitù dovuta al fondo mio, intendi in questo senso: prima che l' acqua sia entrata nel mio fondo, sul quale è costituita la servitù; ma dopo che è entrata, posso condurla ad altre parti e concederla ad altri a mio piacimento, purchè non sia per nuocere al fondo, dal quale si conduce.

XIII. Così pure nella servitù d' acquidotto si contiene ciò, che si acquista da tutte le parti del fondo dominante; e perciò si dice esser tutta in tutto, e tutta in ciascuna sua parte, nella stessa guisa che l' anima si dice esser tutta in tutto il corpo, e tutta in ogni sua parte. Dalle predette cose si discende a parecchie conclusioni. La prima è, che se al fondo mio è dovuta la servitù d' acquidotto, quel diritto di servitù è tutto in tutto il mio fondo, e tutto in ciascuna sua parte. La seconda è, che sebbene quell' acqua sia più utile e necessaria ad una parte di detto mio fondo che ad un' altra, nondimeno non si pone considerazione a questa maggiore utilità o necessità, per le quali la servitù è tutta in ciascuna parte del mio fondo (4*) dominante. La terza è, che se è ven-

Digitized by Google

conclusio, si venditur certa pars fundi, cui debetur servitus aquaeduct. illa servitus debetur etiam illi parti fundi alienati: et debetur insolidum pro indiviso (1). *Quarta conclusio est, quod commoditas seu usus dictae aquae debet dividi inter me et illum, cui vendidi partem fundi dominantis* (2), *non autem servitus dividitur: quia illa est individua* (3). *Quinta conclusio, quod illa commoditas aquae debet dividi pro mensura fundi dominantis, non respectu partium fundi utilitatis, vel bonitatis, et sic, quantitative, non qualificative* (4). *Et quae sit ratio decidendi, quare fit divisio secundum quantitatem agri, et non secundum bonitatem, dicit ibi Bartholl. cogitabitis, et Dd. aliter non declarant. Ego credo quod ratio sit illa: quia servitus est tota in toto, et tota in qualibet ejus parte* (5), *et sic servitus inest fundo non respective ad bonitatem vel ad pretiositatem fundi dominantis, sed pro quantitate: aequaliter ergo divisio aquae servientis debet fieri, secundum quod ipsa servitus debetur.*

XIV. *Quia talia sunt subjecta, qualia praedicata demonstrant* (6), *et sic e contra, talia sunt praedicata, qualia subjecta demonstrant* (7), *et sic qualitates regulantur secundum subjectum: Nec huic conclusioni obstat* l. quicquid ff. de acquir. rer. domi. *ubi habetur, quod inspicitur bonitas rei, quia ibi loquitur quando una res non potest duobus accedere, quia tunc accedit pretiosiori. Sed quando potest accedere duobus, tunc non inspicitur pretiositas vel bonitas* (8). *Sexta conclusio est, quod divisio aquae servientis debet fieri pro mensura quantitatis fundi, et non pro necessitate partis fundi: et ideo si debentur decem unciae aquae uni fundo, qui sit decem jugerum: et dominus praedii dominantis vendit 5. jugera certa pro diviso: licet alia quinque jugera indigeant magis aqua, quam vendita: tu-*

duta una certa parte del fondo, cui è dovuta la servitù di acquidotto, questa servitù è dovuta in solido ed indivisamente. Quarta conclusione si è, che la comodità o l' uso di detta acqua dev' esser diviso fra me e quello cui vendetti parte del fondo dominante; non però si divide la servitù, perchè essa è individuale. Quinta, che quella comodità dell' acqua dev' esser divisa secondo la misura del fondo dominante, non secondo l'utilità e bontà delle parti del fondo, e però rispetto alla quantità, non già alla qualità. E quale sia la ragione del decidere a questo modo, lo dice Bartolo: e con lui i Dottori che non lo spiegano diversamente. Io però credo che la ragione sia questa: che la servitù è tutta in tutto il fondo, e tutta in ciascuna sua parte, e perciò la servitù è attaccata al fondo, non rispetto alla bontà e preziosità del fondo dominante, ma rispetto alla quantità. Dunque la divisione dell' acqua serviente dev' esser fatta egualmente, cioè nel modo stesso in cui è dovuta la servitù.

XIV. Perchè i soggetti sono tali, quali li dimostrano i predicati, e viceversa, tali sono i predicati quali li dimostrano i soggetti, e però le qualità si regolano secondo i subbietti. Nè forma ostacolo a questa conclusione la legge *quidquid ff. de acquir. rer. dom.*, dove è detto, che si ha riguardo alla bontà della cosa, perchè ivi si tratta del caso, in cui una cosa non può star unita a due altre, essendochè allora accede alla più preziosa. Ma quando può star congiunta a due, allora non si ha rispetto alla preziosità o bontà. La sesta conclusione è questa: che la divisione dell' acqua serviente dev' esser fatta secondo la misura della quantità del fondo, non secondo la necessità d' una sua parte; e però se sono dovute 10 oncie d' acqua ad un fondo, ch' è di 10 jugeri, ed il padrone di esso ne vende divisamente 5 jugeri; benchè gli altri cinque abbisognino di acqua più che

Digitized by Google

tidianae non debent fieri secundum corpora plus et minus indigentia pro suo victu (1), *qui dicit quod praestandae sunt secundum consuetudinem: et ubi consuetudo non est, quia puta de novo Ecclesia est aedificata, vel de novo dantur distributiones quotidianae: dicit, quod si distributiones sunt existentes de vallario, ad victum quotidianum fiunt viriliter. Sed illa quae dantur pro indumentis, debent praestari secundum necessitatem personarum: et sic quando debentur alimenta ex contractu, vel ultima voluntate, et hoc sequitur Angel.* (2), *quod bene not. maxime pro gravatis in testamento ad praestandum eleemosynam: quia debetur eleemosyna viriliter, et vestimenta secundum conditionem pauperum: et sic in vestimentis possunt executores vel haeredes plus dare uni pauperi, quam alteri. Sed in eleemosynis quae concernunt victum quotidianum, sicut est panis, victus et similia, non possunt plus dare uni quam alteri.*

XVI. *Item not. pro scholaribus, qui stant in collegiis expensis collegii: quia rector non debet dare expensas quotidianas, nisi viriliter, dato quod unus plus comedat quam alter: hoc vidi de facto Bononiae in Collegio Hispanor. in quo erat unus scholaris Polanus qui tantum solus comedebat, quantum quatuor alii. Septimam conclusionem infero ex praedictis: quia licet servitus aquaeductus, et quaelibet alia realis debeatur pro necessitate fundi dominantis* (3), *tamen est intelligenda et limitanda, ut habeat locum habito respectu ad tempus quo servitus imponitur: sed postquam est imposita, et sic est tota in toto, et tota in qualibet ejus parte: tunc dicitur esse aequaliter pro quantitate fundi: et ideo licet una pars magis indigeat aqua, quam alia: tamen hoc non consideratur: imo aqua debet dividi aequaliter* (5*) *pro qualitate jugerum, quod est not. Octava conclusio est, quia licet dominus praedii dominantis, cui servitus aquaeductus debebatur,*

buzioni quotidiane non devono esser fatte secondo i corpi più e meno bisognosi del loro vitto. Intorno a che vedi Innocenzo, il quale dice, che devono prestarsi giusta la consuetudine, per esempio, perchè la chiesa vien fabbricata di nuovo, o perchè si danno di nuovo le distribuzioni quotidiane, ed aggiunge, che se le distribuzioni esistono nella dispensa per il vitto quotidiano, si fanno virilmente. Ma quelle che si fanno circa le vesti, devono esser prestate secondo la necessità delle persone; e così quando gli alimenti sono dovuti per contratto o per ultima volontà; e questa sentenza è seguita da Angelo, il che nota bene, massime per quelli che nel testamento sono gravati dal carico dell' elemosina; imperocchè l' elemosina è dovuta virilmente, ed i vestimenti secondo lo stato de' poveri; e perciò circa le vesti possono gli esecutori testamentarii dare più ad un povero che ad un altro. Ma circa le elemosine che risguardano il vitto quotidiano, com' è il pane, il vitto e simili cose, non possono dare più ad uno che ad un altro.

XVI. Del pari nota ciò rispetto agli scolari, che stanno ne' collegi a spese di questi; perchè il rettore non deve dare le spese quotidiane se non virilmente, posto che uno mangi più che un altro; e questo vidi accadere di fatto in Bologna nel Collegio degli Spagnuoli, nel quale v' era uno scolare Polacco, il quale solo mangiava per altri quattro. La settima conclusione la deduco dalle predette cose; perchè sebbene la servitù di acquidotto, e qualunque altra reale, sia dovuta per la necessità del fondo dominante, nondimeno deve interpretarsi e limitarsi in guisa, ch'abbia luogo avuto rispetto al tempo, nel quale la servitù s' impone; ma dopo ch' è imposta, e per tal guisa è tutta in tutto il fondo, e tutta in ogni sua parte; allora si dice essere in egual proporzione della quantità del fondo. E però, sebbene una parte abbisogni di acqua meglio che un'altra, tuttavolta a questo non si pone considerazione; anzi l'acqua dev'essere divisa egualmente (5*) secondo la quantità dei jugeri; lo che è degno di nota. — Ottava conclusio-

te, si tantum vendidit illam partem fundi, in qua minus et raro utebatur dicta aqua, divisio commoditatis seu usus dictae aquae debet fieri pro mensura agri, et pro parte vendita debetur emptori, ut est casus not. (1), *quod perpetuo tene menti. Nec obstat huic conclusioni illa regula, quae dicit, quod usus patrisfam. est attendendus* (2). *Quia illa regula procedit in his quae sunt dividua, vel quae respiciunt personam, sed istae servitutes aquaeductus judicantur potius jus quoddam reale competens praedio magis quam personae* (3). *Item ista servitus est individua, et respicit totam partem fundi* (4), *ergo licet paterfamil. dominus praedii dominantis sit usus commoditate aquae pro parte, tamen hoc non respicit usum patrisfamil. ad hoc ut censeatur servitutem amisisse: quia hoc non potest esse* (5), *ut est si promittatur, vel alias constituatur. Nona conclusio, si servitus aquaeductus in fundo unius dominantis in una parte dicti fundi aqua non est necessaria vel utilis: tunc servitus non dicitur ei parti fundi deberi* (6). *Ex quo sequitur decima et ultima conclusio, quod in casu, si dominus praedii dominantis vendit uni illam partem fundi, cui aqua non est necessaria, vel utilis: ad emptorem, vel ejus haeredem, non transit servitus vel commoditas illius aquaeductus vel si aliam partem vendidit, cui aqua est utilis vel necessaria, tunc tota servitus aquaeductus sequitur partem venditam, et nihil debetur parti retentae per venditorem* (7), *quae omnia bene not., quia sunt quotidiana et utilia.*

XVII. *Sed quid si a principio servitutis constitutae fundus dominans indigebat aqua, et nunc ex aliqua causa non indigeat an desinat* (6*) *servitus in perpetuum competere? et puto sic esse dicendum. Aut desinit indigere, ita quod amplius ea aqua ad usum necessarium illi non possit; et*

nondimeno, se vendette quella parte del fondo, nella quale meno e più raramente usava di detta acqua, la divisione del vantaggio od uso di questa dev' esser fatta a proporzione della estensione del podere, e proporzionatamente alla parte venduta è dovuta al compratore; com' è caso notabile ne' testi; lo che ricorda perpetuamente. Ned osta a questa conclusione la regola, che si deve stare all' uso del padre di famiglia, perchè quella regola procede nelle cose che sono dividue o che riguardano la persona, ma queste servitù d' acquidotto si reputano essere piuttosto un certo diritto reale competente al fondo, che alla persona. Parimente questa servitù è individua, e riguarda ogni parte del fondo. Dunque, sebbene il padre di famiglia padrone del fondo dominante abbia usato del comodo dell' acqua parzialmente, tuttavia ciò non si riferisce all' uso del padre di famiglia per il fine che si stimi aver perduto la servitù; perchè questo non può essere, come avviene qualora si prometta od altrimenti si costituisca. — Nona conclusione: se in una parte del fondo dominante l'acqua non è necessaria oppur utile, allora non si dice che la servitù è dovuta a quella parte. Dal che discende la decima ed ultima conclusione, che nel caso in cui il padrone del fondo dominante venda ad uno quella parte del fondo, alla quale non è necessaria od utile l' acqua, la servitù o comodità dell'acquidotto non passa al compratore od al di lui erede; oppure se vende un'altra parte, alla quale l' acqua è vantaggiosa o necessaria, allora tutta la servitù d' acquidotto segue la parte venduta, e niente è dovuto alla porzione conservata del venditore. Le quali tutte cose nota bene, perchè sono utili e quotidiane.

XVII. Ma se dal principio della costituita servitù il fondo dominante abbisognava d'acqua, ed ora per qualche causa non ne abbisogna, cesserà la servitù (6*) di competere perpetuamente? Io credo che così debba dirsi. O cessa di abbisognare in guisa, che quell' acqua non possa più essere mai non

Digitized by Google

pereat: licet aqua ad alium usum uti non possit dominus praedii dominantis (1).

XVIII. *Item quod si debetur servitus aquaeduct. fun. meo qui est 10. jugerum, et postea auctus est fundus meus, an propter hoc crescat servitus aquaeductus, dicas quod non* (2).

XIX. *Item habens servitutem aquaeductus, an possit facere rivum in fundo servientis, per quem aquam ducat ad fundum dominantem? Si vult facere de lapidibus vivis etiam supra terram, non potest* (3).

XX. *Sed nunquid possit cavare rivum simpliciter? Dic* ut dicam infra in 9 quaest. princip.

XXI. *Sed posito quod possit facere rivum vel de jure vel ex permissione, an dominus praedii dominantis poterit illum rivum purgare et reficere? Dicas quod sic* (4).

XXII. *Item ille qui habet jus ducendi aquam per fundum alterius, potest per quamcunque partem fundi servientis aquam ducere ab initio: sed postquam incepit ducere per unam partem, non potest postea variando per aliam partem ducere* (5), *ubi etiam ponitur, cujus est electio loci: an domini concedentis servitutem, vel ejus haeredis: an vero ejus cui servitus est constituta, de quo dic ut plene dixi* (6). *Item si is qui duo praedia habebat, in unius venditione aquam quae in fundo vendito nascebatur, et circa eam aquam late decem pedes exceperat: videtur circa eam aquam late decem pedes iter duntaxat excepisse, ut est casus not.* (7).

XXIII. *Item in concessione servitutis aquaeduct. semper subintelligitur sine damno alterius* (8). *De quo dic ut plene dixi supra in loc. praecedenti. Et propterea in concessione aquaeductus intelliguntur semper reservata jura, et commoditates ejus cui primo facta est concessio* (9). *Quia privilegia uni concessa alteri*

non perisca; benchè il padrone del fondo dominante non possa valersi dell' acqua ad altro uso.

XVIII. Del pari, se la servitù d' acquedotto è dovuta al mio fondo, ch' è di 10 jugeri, e poscia il mio fondo s' è accresciuto; crescerà perciò la detta servitù? Rispondi, che no.

XIX. Del pari, chi ha la servitù d'acquedotto può forse costrurre un canale nel fondo serviente, pel quale condur l' acqua al fondo dominante? Se vuol farlo di pietre vive anche sopra la terra, nol può.

XX. Ma potrà forse scavare un canale semplicemente? Rispondi; come nella nona questione principale.

XXI. Ma posto che possa scavare un canale o per diritto o con permissione, il padrone del fondo dominante potrà forse purgarlo o ristaurarlo? Rispondi, che sì.

XXII. Parimente, colui che ha il diritto di condur acqua pel fondo altrui, può da principio condur l' acqua per qualunque parte del fondo serviente; ma dopo che cominciò a condurla per una parte, non può dipoi mutare e condurla per una parte diversa. Così dicono i testi, ne' quali si trova eziandio la questione, di chi debba essere la scelta: se del padrone che concesse la servitù o del di lui erede, oppure di colui, al quale la servitù fu costituita; circa la quale di all' intutto come nel capo della servitù di' passaggio. — Del pari, se quegli che aveva due fondi, vendendone uno, si riservò dieci piedi dell' acqua che nasceva nel fondo venduto, sembra aversi riservato soltanto il passaggio di 10 piedi di larghezza rispetto a quell' acqua, com'è caso notabile nei testi.

XXIII. Parimente nella concessione della servitù d' acquidotto si sottintende sempre la clausola: senza altrui pregiudizio. Intorno la qual cosa di' come sopra. E però nella concessione dell'acquidotto si intendono sempre riservati i diritti ed i vantaggi di quello cui fu fatta. Imperocchè i privilegii concessi ad uno non devono esser dati

(1) *Per ea qua dicta sunt supra maxime in princip. facit quod habetur in l. unus ex sociis, § et aesti. de quo vide in l. si cui, ff. de serv. et in l. si. via, ff. de servit. rust. praed.*

dari non debent (1). *Et quia si princeps concessit pluribus beneficium, qui prior est tempore, potior est in jure* (2), *semper videntur reservata jura commoditatis ejus cui prima facta est concessio: imo dico plus, etiam in concessione aquaeductus, si diceretur non obstante concessione alteri facta: quia intelligeretur de invalida: et pro hoc allego singulare dictum Compo* (3). *Quod sequitur ibi Ant. de Butr. et Dd. ubi dicunt, quod si Papa contulit alicui beneficium, non obstante collatione alteri facta, intelligetur de invalida, ne alteri praejudicetur. Item si datur alicui beneficium cum clausula ut praeferatur aliis; quia intelligitur nisi eis fuerit jus quaesitum, quod perpetuo tene menti. Et vide quae dicam in 7. quaest. princ. ubi ponam per quem locum possit aqua duci, et vide etiam ibi in 8. quaest. princ. ubi dicetur an mutato alveo possit competere servitus aquaeduct.*

XXIV. *Quarto principaliter quaero, quomodo et qualiter acquiratur servitus aquaeductus, et dic pluribus modis. Primo pactionibus et stipulationibus: quia sic acquiri possunt etiam aliae servitutes* (4). *Item acquiritur testamento, vel codicillis, vel qualibet alia ultima voluntate* (5). *Item per sententiam* (6). *Item praescriptione* (7), *et hoc procedit sive aqua sit privata, ut ibi, sive publica. Sed primo casu quantum tempus requiratur* (8). *In casu vero secundo, quando aqua ducitur de public., dic quod requiritur tantum tempus, cujus initii memoria non existat in contrarium* (9). *Item acquiritur* (7*) *consuetudine* (10), *an talis con-*

ad un altro; e se il principe concesse un beneficio a più persone, quella di queste che fu prima beneficata, è in miglior condizione di diritto. Sempre adunque si stimano riservati i diritti di comodità di quello, cui fu fatta la concessione; anzi io dico di più, anche se nella concessione di acquidotto fosse detto: *non ostante la concessione fatta ad un altro*; perchè s' intenderebbe parlare d' una concessione invalida, ed a sostegno di tale opinione allego il detto singolare del Compostella; il quale è seguito da Antonio da Butrio e dai Dottori, che dicono, che se il Papa conferì ad alcuno un benefizio, non ostante la collazione fatta ad un altro, s'intende riferirsi ad una collazione invalida, affinchè non si pregiudichi altrui. Del pari, se ad alcuno vien dato un benefizio colla clausola: che sia preferito agli altri; perchè si sottintende: *purchè non avessero acquistato il diritto*, lo che ricorda perpetuamente. E vedi ciò che dirò nella settima questione principale, ove mostrerò per quale luogo si possa condur acqua, e vedi eziandio nell'ottava, ove si tratta del quesito, se mutato l' alveo, la servitù d' acquidotto possa ancora competere.

XXIV. In quarto luogo dimando principalmente, in qual modo e come s' acquisti la servitù d' acquidotto? Rispondi: in più modi. Primamente, coi patti e colle stipulazioni; perchè in tal modo si possono acquistare anche le altre servitù. Parimente si acquista per testamento o pei codicilli, od in qualsivoglia altra ultima volontà. Così pure mediante sentenza; così pure colla prescrizione, e questo procede, tanto se l'acqua è privata, quanto se pubblica. Ma nel primo caso, quanto tempo occorra, vedilo nella Glossa e nei Dottori. Nel secondo caso poi, quando l' acqua si conduce al luogo pubblico, di' che occorre tanto tempo, del quale non esista in contrario memoria del principio. Parimente s'acquista (7*) per con-

(1) *Ut l. decurionibus. Cod. de silentiariis, lib. 41.*

(2) *Arg. d. l. in concedendo, et l. hoc jure. § 1. ff. de aqua quotid. et aesti. et c. 1. qui success. tene. in usib. feud. et ideo dixit Bald. in titul. de pace Constan. in 33. colum. in concessionibus de*

(6) *Argum. d. l. ususfruct. constituitur.*

(7) *Ut l. 2. C. de servit. et aqua. et ibi hoc plene not. per gloss. et Dd.*

(8) *Vide ibi notanter per gloss. et Dd. in l. servitutes, la grande, ff. de servitut. titul. generali, et per textum gloss. et Doct. in l. 4. § final.*

Digitized by Google

suetudo debeat esse praescripta (1)? *Item quod jus aquae competit ex pactionibus privatorum* (2), *et dicit, quod in aliquibus molendinis, pascuis et fontibus, et in ipsorum commoditatibus et incommoditatibus aquarum standum est antiquitati* (3). *Item dixit* (4). *Quod in aquarum ductu non inspicimus principium aquae, unde decurrit: sed alveos et meatus, unde transit in vetustissimum aquarum cursum: et secundum qualitatem de usu aquae judicare debemus: quod nota.*

XXV. *Sed nunquid aqua per se ipsam fluens possit inducere praescriptionem vel consuetudinem? Dic quod non, quia non est res animata: per rem inanimatam nihil nobis acquiritur. Oportet enim in praescriptionibus aliquem usu intercessisse: quo principato sufficit aquam per se fluere* (5), *in consuetudine etiam sufficit, quod habuerit initium a multis utentibus, nam postea perficitur solo cursu temporis* (6). *Quod perpetuo tenet menti. Item l. communi vel statuto, seu l. municipali acquiri potest servitus aquaeduct.* (7), *secundum primam expositionem dum dicit, lege scilicet municipali* (8), *si non lex municipalis* (9). *Item natura agri servanda est, ut semper inferior superiori serviat. Hoc enim incommodum naturaliter pati debet ager inferior a superiore, quod compensare debet cum alio commodo. Sicut enim omnis pinguedo terrae ad eum decurrit; ita etiam ad eum aquae incommodum defluet* (10). *Quia aquae naturaliter dicuntur descendere ad inferiora. Et ideo illi qui habent agros in parte superiori, non tenentur retinere aquam in suo, sed possunt eam retinere inferiores, qui coguntur illam recipere, et ista appellatur quasi servitus* (11). *Et hoc tenet Barthol.* (12). *Qui dicit, quod hoc debet esse verum in civitatibus Italiae, quae sibi de consuetudine praescripserunt merum imperium, et portus, et flumina, et similia. Sed de jure communi praedicta sunt prin-*

(1) *De quo dic. ibi.*
(2) *Ut notat Bald. in tit. de Pace Constan. in 34. colum.*
(3) *Per illum text.*

suetudine. Così pure il diritto d'acqua compete in forza delle convenzioni dei privati, come dice Baldo, il quale soggiunge, che rispetto ad alcuni mulini, pascoli e fontane, ed ai comodi ed incomodi delle acque loro, si deve stare all'antichità. Parimente ei disse, che nella condotta delle acque non si ha riguardo alla fonte donde l'acqua scaturisce, ma bensì a' letti ed alle vie per le quali scorre per antichissimo corso; e che si deve giudicare dell'uso dell'acqua secondo la qualità; lo che è degno di nota.

XXV. Ma forse l'acqua, che scorre di per sè, può indurre la prescrizione o la consuetudine? Rispondi che no, perchè non è cosa animata; e mediante una cosa inanimata niente possiamo acquistare. Ed invero nelle prescrizioni è d'uopo che sia entrato qualche uso, principiato il quale, basta che l'acqua corra di per sè. Nella consuetudine ancora basta che abbia avuto cominciamento da molti utenti, poichè dopo si compie col solo corso del tempo; lo che ricorda perpetuamente. Così pure la servitù di acquidotto si può acquistare per la legge comune o per lo statuto o per legge municipale. Parimenti si deve conservare la natura dei poderi; onde sempre l'inferiore serva al superiore. Imperocchè il fondo inferiore deve naturalmente soffrire tale incomodo dal superiore, ed essere poi compensato con un altro comodo. Ed invero, siccome ogni grassezza del terreno cola in esso, così pure in esso deve discendere ogn'incomodo, perchè le acque si dicono discendere naturalmente ai fondi inferiori. E perciò quelli che hanno campi in parte superiore, non sono obbligati a trattenere l'acqua nel loro, ma ben la possono ritenere gli inferiori proprietarii, i quali sono costretti a riceverla, e questa si chiama quasi servitù. Così pensa Bartolo, il quale dice, che ciò dev'essere vero in quelle città d'Italia, che per consuetudine e per prescrizione acquistarono il mero imperio, i porti, i fiumi, e simili diritti. Ma pel Diritto Comune queste cose appartengono al principe, e però non possono

(7) *Ut l. in summa, in prin. in versic. l. ff. de aqua pluv. arcend. et l. 2. in prin. in versiculo 1. conjuncta gloss.*

cipis (1), *et sic non possunt concedi a lege municipali* (2). *Item ex rescripto principis vel senatus acquiritur* (3). *Sed pone quaestionem, quam habui de facto Veronae.*

XXVI. *Oritur aqua in certo fundo superiore, et descendit ad partes inferiores per quendam alveum. Quando veniunt aquae pluviales, crescit aqua adeo, quod in alveo contineri non potest: an tunc ille qui est in parte superiori, cogatur elevare ripas, ita quod discurrat per alveum usque ad ultimas partes: puta flumen vel mare, an vero possit dimittere quod aqua discurrat supra ripas? Dicitur quod sic: nisi noceat habentib. agros inferiores juxta ripam elevandam. Ego dico quod cogi non potest per inferiorem, sed inferior bene poterit munire et elevare suis expensis* (4). *Et hoc intellige, quando pacto vel vetustate ita debet duci aqua per dictum alveum vel locum* (5), *alias secus. Item hoc intellige, quando per alveum aqua discurre potest sine damno superioris. Secus si fieret damnum superiori: Quia aqua inundaret agros superiores. Exemplum, si a lateribus alvei discurrunt aquae in partibus superioribus: nam hoc casu ripae non possunt elevari: quia si alveus est inventus ad ducendam aquam ad partes inferiores, non debet aliquid fieri in eo propter quod aqua retineatur ad partes superiores: quia istud est contra naturam agri, quae est ut aqua descendat, et inferior ipsam recipiat* (6). *Quod perpetuo tene menti: quia saepe de facto contingit* (7).

XXVII. *Quinto principaliter quaeritur: Quis possit concedere et habere totam servitutem aquaeductus, et quis possit cogi ad aquam ducendam? Circa quod sic dicas: aut quis vult concedere aquaeductum ex flumine privato suo, aut ex flumine privato alterius aut ex flumine public. Primo casu, quando flumen est suum proprium, potest regulariter ex eo concedere aquaeductum* (8), *et est ratio*

venir concedute da una legge municipale. Così pure la servitù d' acquidotto s' acquista per rescritto del Senato o del principe. Ma senti la seguente questione, ch' ebbi di fatto in Verona.

XXVI. Nasce un' acqua in certo fondo superiore, e scende a' luoghi inferiori per un alveo determinato. Quando vengono le pioggie, l' acqua s' ingrossa così che non può essere capita nell'alveo. In tal caso quegli che sta nella parte di sopra, è forse tenuto ad innalzare le rive in modo, che l'acqua scorra per l' alveo sino all' ultime parti, per esempio, sino al fiume od al mare, ovvero può forse lasciare che l'acqua sormonti le rive? Rispondi che sì, purchè non nuoccia a' proprietarii de' campi inferiori lungo la riva da innalzarsi. Io dico, che non può esser costretto dall' inferiore, ma bensì l'inferiore potrà munire la riva ed innalzarla a sue spese. E ciò intendi aver luogo, quando per patto o per consuetudine l' acqua deve essere così condotta pel detto alveo o luogo; altrimenti, no. Del pari intendi procedere, quando l' acqua può scorrere per l' alveo senza danno dei campi superiori; e no, quando ad essi recasse danno, perchè allora li innonderebbe. Evvi un esempio nelle acque che scorrono dai lati dell' alveo nei luoghi superiori; perchè in questo caso le rive non possono venire innalzate. Ed invero se l' alveo è trovato a condurre le acque a' siti inferiori, non è permesso fare in esso alcun che, per cui l' acqua sia trattenuta nelle parti superiori; avvengachè questo sia contro la natura della campagna, che è, che l' acqua discenda, ed il fondo inferiore la riceva. Le quali cose rammentale sempre, perchè spesso accadono di fatto.

XXVII. In quinto luogo principalmente dimando, chi possa concedere ed avere l'intera servitù d' acquidotto, e chi possa esser costretto a condur acqua? Intorno a ciò risponderai così. Od alcuno vuol concedere l' acquidotto dal suo fiume privato, o dal fiume privato altrui, o dal fiume pubblico. Nel primo caso, quando il fiume è suo proprio, può di regola concedere l' acquidotto da esso: e la ragione è questa: che in-

Digitized by Google

XXVIII. *Et flumen potest dici privatum esse alicujus tribus modis. Primo ratione originis ipsius fluminis: puta quia habet ortum in fundo suo* (1). *Secundo ex principis concessione* (2). *Tertio ex consuetudine vel praescriptione* (3). *Secundo casu, quando flumen est privatum, alterius, tunc regulariter quis non potest concedere aquaeductum ex illo flumine, nisi qui est dominus illius fluminis, vel ejus voluntate* (4), *et in his casibus si flumen privatum est perenne, potest esse servitus aquaeductus. Sed quando flumen non est perenne, ista constitutio servitutis de rigore non tenet: sed de aequitate sic* (5). *Posset etiam in his duobus princeps, vel statutum disponere pro publica utilitate* (8*), *quod vicini possint illam aquam ducere ad agros suos irrigandos, vel ad alios usus* (6). *Tertio casu, quando flumen est publicum, puta quando est perenne* (7), *quod potest esse tribus modis. Uno modo flumen navigabile, ut est Padus, Athesis et Brenta: alio modo dicitur flumen publicum, quod non est navigabile, sed trahitur ex flumine navigabili* (8). *Et in istis duobus casibus quaeritur aquaeductus dupliciter, scilicet ex concessione principis, cujus sunt omnia talia flumina, vel ex concessione civitatis, quae habet merum imperium, ut dixi in quaest. praeced. Secundo, per tantum tempus, cujus initii memoria non existat* (9), *non autem per privatum concedi potest* (10). *Tertio modo dicitur flumen publicum, quando non est navigabile, nec facit aliud navigabile, puta si est quidam alveus parvus, vel fons: et tunc acquiritur etiam sine concessione alicujus, scilicet per suam occupationem, sicut caetera quae sunt in nullius bonis: et qui primo occupat, praefertur omnibus* (11), *dummodo per istum aquaeductum non fiat injuria seu damnum vicinis cir-*

XXVIII. Ed il fiume può dirsi privato di alcuno in tre modi. Primo, a cagione dell' origine di esso, per esempio, perchè nasce nel fondo di taluno. Secondo, per concessione del principe. Terzo, per consuetudine o prescrizione. Nel secondo caso, quando, cioè, il fiume è privato di altri, di regola nessuno può concedere la condotta d' acque da esso, fuorchè il suo padrone od altri per di lui volontà, ed in questi casi se il fiume privato è perenne, può sorgere la servitù d' acquidotto. Ma quando il fiume non è perenne, questa costituzione di servitù rigorosamente non vale; bensì per equità. Potrebbe eziandio in questi casi il principe o lo statuto disporre a pubblico vantaggio (8*), che i vicini possano condur quell' acqua per irrigare i loro campi, o per altri usi. Nel terzo caso, quando, cioè, il fiume è pubblico, per esempio, quando è perenne, questo può accadere in tre modi. Nel primo modo si dice pubblico il fiume navigabile, come il Po, l' Adige, la Brenta; nel secondo si dice pubblico il fiume che non è navigabile, ma vien dedotto da fiume navigabile; ed in questi due casi l' acquidotto si acquista doppiamente, cioè, per concessione del principe, al quale appartengono tutti questi fiumi, o per concessione della città che ha il mero imperio, com' ho detto antecedentemente. Nel secondo poi s' acquista col corso di tanto tempo, di cui non esista memoria in contrario; non però può essere concesso da un privato. Nel terzo modo si dice pubblico il fiume, quando ned è navigabile, nè dà origine ad altro fiume navigabile, verbigrazia, se avesse un piccolo alveo, o se fosse una fontana, ed allora s' acquista anche senza la concessione di chicchessia, vale a dire mediante la di lui occupazione, come avviene per le altre cose che non appartengono ad alcuno; e quegli che occupa per primo viene preferito agli altri; purchè però in causa di tale acquidotto non soffrano danno

(1) *Ut d. l. aquam. et l. ex meo, cum aliis ibi allegat et l. si quis dinturno, ff. si serv. vend. et l. praeses. Cod. de serv. et aqua.*

(2) *Arg. lib. 2. in prin. ff. ne quid in loco publ.*

(7) *Ut l. 1. § fluminum, ff. ne quid in loc. publ.*

(8) *Ut l. 1. § non autem, cum ibi not. ff. ne quid in loc. public.* et dicitur per Barthol. *in l. quo*

Digitized by Google

cumcolentibus (1). *Item ille potest habere servitutem aquaeductus qui habet fundum ad quem ducitur: puta causa ipsum irrigandi: alia secus* (2). *Item ille qui emit vel aliter acquisivit praedium, cui servitus aquaeductus debebatur, potest et debet servitutem habere; quia servitus debita praedio acquisito transit cum praedio* (3). *Secus si prius servitus praedio non debebatur, quia vendito fundo, vel aliter alienato, non debetur servitus aquaeductus vel alia servitus, nisi dictum sit* (4). *Item quis potest habere servitutem aquaeductus in omnibus casibus, in quibus potest eam acquirere* (5). *Item regulariter quis non potest cogi ad aquam ducendam, maxime jure servitutis: quia natura servitutis non est ut quis aliquid faciat, sed aliquid patiatur, vel non faciat* (6).

XXIX. *Quaero sexto principaliter, cui vel quibus possit servitus aquaeductus concedi? Et dic, quod potest concedi pluribus, et per eundem locum, ut eisdem diebus vel horis ducatur, si omnibus sufficiens est* (7).

XXX. *Sed si concessi primo uni* (9*), *an possim postea alteri concedere? Distingue breviter sic: Aut ille cui primo concessi, consentit, et possum* (8). *Aut non consentit: et tunc aut per istam concessionem secundam ei nocet: puta quia aqua non est sufficiens utrique, et pro eodem tempore conceditur, et tunc non potest* (9). *Aut per istam secundam concessionem non nocet primo, cui est facta concessio: puta quia aqua est sufficiens utrique, vel diversis temporibus conceditur, et tunc potest* (10). *Et ita fuit determinatum Bononiae, ubi communitas concesserat aquam, et fratres minores, quibus secundo commune concessit, nolebant:*

(1) *Ut habetur in d. l. Imperatores, et in l. 2. § sunt autem qui putant. ff. ne quid in flum. publ. et adde quod dixi, in fin. in quaestion praecedent. ad fin. et adde etiam quae dixi in lib. praeced. in 3. quaest. princip. in versic. item Imperator seu princeps, usque ad fin. illius.*

(2) *Ut l. 1. ff. coram. praedio. cum simil. supra in princip. in definitione hujus servitutis.*

(3) *Ut l. si aquaeductus, ff. de contrahend. empt. et l. si pactum, in principio, ff. de servit. rust.*

i circonvicini. — Così pure può avere la servitù d' acquidotto colui che ha il fondo, al quale si conduce, esempigrazia, per irrigarlo; altrimenti no. — Così pure chi comperò od in altro modo acquistò un fondo, al quale era dovuta la servitù d'acquidotto, può e deve avere la detta servitù, perchè la servitù dovuta al fondo acquistato passa col fondo. Diversamente se prima la servitù non era dovuta al fondo, perchè venduto il fondo od altrimenti alienato, non è più dovuta la servitù d' acquidotto od alcun' altra, se non fu pattuita. — Parimenti ciascuno può avere la servitù d' acquidotto in tutti que' casi, ne' quali può acquistarla. Del pari nessuno di regola può essere costretto a condur acqua, massime per diritto di servitù; perchè non è natura della servitù che alcuno faccia qualche cosa, ma bensì che soffra alcunchè, oppur che non faccia (e).

XXIX. In sesto luogo principalmente dimando a chi possa venir conceduta la servitù d'acquidotto? Rispondi, che può essere conceduta a più persone e per lo stesso luogo, onde sia condotto negli stessi giorni ed ore, se a tutti può bastare.

XXX. Ma se la concessi prima ad uno (9*), posso dipoi concederla ad un altro? Distingui brevemente in questo modo: O quegli cui prima l' ho conceduta, acconsente, ed allora lo posso. O non acconsente, ed allora, o questa seconda concessione gli nuoce, per esempio, perchè l' acqua non basta ad amendue, o perchè vien concessa per lo stesso tempo; ed in tal caso non lo posso. O questa seconda concessione non nuoce al primo concessionario, verbigrazia, perchè l' acqua basta ad ambedue, o perchè vien concessa in tempi diversi, ed allora lo posso. Così fu giudicato in Bologna, ove il Comune avea concesso cert'acqua, ed i Frati Minori, ai quali il detto Comune l' avea prima concessa, non acconsentirono; perchè fu de-

(6) *Ut l. quoties, la. 1. § final. D. de servit. et adde quod dixi supra in 3. quaest. princip. post princip. et quae plenissime dicta sunt in praecedent. libr. in 3. quaest. princ. et quod dicam in seq. quaest. vers. sed quid situ cui primo concessi etiam.*

(7) *Ut l. 2. si aquaeductus. ff. de servit. rust. praed. et l. Lucio, D. de aq. quotid. et aesti.*

(8) *L. in concedendo, D. de aqua pluv. arc. et notat. glosa in l. Lucio, D. de aq. quot. et aestiv.*

Digitized by Google

et fuit judicatum quod valeret secunda concessio, quia non derogabat priori, ex quo aqua utrique sufficiebat, vel sufficere poterat per praedicta. Sed quid si conceditur pluribus simul vel separatim vel simpliciter servitus aquaeduct. ita quod valeat, quia omnibus sufficit, et non conveniunt, quemadmodum utantur? Dic quod utile judicium communi dividundo eis datur, ut scilicet aqua vel mensura vel temporibus dividatur (1).

XXXI. *Sed quid si tu cui primo concessi servitutem aquaeductus, vis postea alteri concedere, an possis? Et in hoc considera quatuor casus. Primus est, si vis concedere, ut ille extrahat de fundo primi concedentis, et non potes* (2). *Secundus casus si vis concedere, ut extrahat de fundo meo, per quem aqua ducitur canali, per quod perveniat ad fundum tuum: et idem, quia illa servitus aquaeductus est tibi concessa pro necessitate fundi tui, et non alterius* (3), *nec potes illam aquam tuam concedere alteri: quia non est tua antequam ingrediatur fundum tuum* (4). *Tertius casus, si vis alteri concedere, postquam in fundum tuum aqua ingressa est, et potes: quia effecta est tua, nisi nocitura sit meo fundo, ex quo servitus inducitur* (5). *Quartus et ultimus casus est, si aqua exivisset de fundo tuo: et tu regulariter non posses alteri concedere dictam aquam: quia eadem ratione quamprimum aqua ingressa est alium fundum vicini, est effecta sua* (6), *ergo de ea tu non potes disponere. Sed ista regula fallit, quando ista servitus imponeretur per te, antequam pervenerit ad locum inferiorem de ipsius voluntate* (7). *Exemplum: Aqua dum exivit de fundo tuo, potest discurrere per diversa loca ad fundos vicinorum, et est in potestate tua, per quam partem facias exire aquam: nam potes cum uno vicino inferiori, si aqua est utilis, convenire de dimittendo d. aquam ad fundum suum; cum hoc, quod*

ciso che la seconda concessione fosse valida, essendochè non derogasse alla prima per la ragione che l' acqua era sufficiente ad ambidue o poteva esserlo. Ma che di diritto, se la servitù d' acquidotto vien concessa a più persone insieme, o separatamente, o semplicemente, così che valga perchè basta a tutti. benchè poi non convengano in qual modo debbano usarne? Rispondi, che vien loro dato l' utile azione della cosa comune da dividersi, onde, cioè, l'acqua sia divisa o per quantità o per tempi.

XXXI. Ma che sarà, se tu, al quale io primamente ho concessa la servitù d' acquidotto, vuoi poscia concederla ad altri; lo puoi tu forse? Rispetto a ciò considera quattro casi. Primo, se vuoi concederla ad altri in guisa, che possa dedurla dal fondo del primo concedente, non lo puoi. Secondo, se vuoi concedergliela, onde la estragga dal mio fondo, pel quale è condotta, mediante un canale che la traduca al tuo fondo, ed avviene lo stesso, perchè la detta servitù ti è concessa per la necessità del tuo fondo e non di un altro; ed allora non puoi concedere quella acqua ad altri, perchè non è tua innanzi che entri nel tuo fondo. Terzo, se vuoi concederla, dopochè l'acqua è entrata nel tuo fondo, ed allora il puoi, perchè è divenuta tua, purchè non nuoccia al mio fondo, dal quale ha origine la servitù. Quarto ed ultimo caso è questo: se l' acqua fosse uscita dal tuo fondo; ed allora tu di regola non potresti concederla ad altri per la medesima ragione, dacchè essendo entrata nel fondo del vicino, è diventata sua; dunque tu di essa non puoi disporre. Ma questa regola non ha luogo, allorquando siffatta servitù fosse imposta da te, prima che l' acqua giungesse al luogo inferiore di sua volontà. Ecco un esempio. L'acqua, ch'esce dal tuo fondo, può scorrere per diversi luoghi sino ai fondi dei vicini; ed è in tuo potere il farla escire per qual parte ti aggrada. Imperocchè puoi convenire con un vicino inferiore, se l' acqua gli è utile, di lasciare ch' essa scorra pel suo fondo, con questo patto, che dopo avere

tuo (1). *Et, praedicta omnia intellige, quando ille cui conceditur servitus aquaeductus habet fundum, ad quem aqua duci debet, alias secus* (2).

escita dal tuo fondo. Le predette cose intendi procedere, allorquando quegli, cui si concede la servitù d' acquidotto, ha un fondo cui l' acqua dev' essere condotta; non già quando ciò non fosse (*f*).

XXXII. *Quaero septimo principaliter, quomodo, et qualiter, et quando, et per quem locum constitui vel acquiri possit servitus aquaeductus. Et dic, quod acquiri potest his modis* (3). *Item servitus aquaeductus olim non nisi ex capite vel fonte constitui poterat, sed hoc hodie ex quocunque loco constitui potest* (4), *et caput aquae seu fluminis dicitur, unde aqua nascitur* (5). *Item servitus aquae inventae et inveniendae constitui potest* (6), *de quo dic, ut dixi supra in 1. quaest. princip. Item potest constitui servitus aquaeductus per intervalla temporis, puta certis diebus vel horis* (7). *Item potest constitui servitus, ut aqua dividatur* (10*) *per mensuras, puta per uncias et digitos* (8), *quod tantum significat dicere: concedo tibi unum digitum aquae: quantum, do tibi licentiam ut ducas aquam per unum digitum et eum vacuum: nam per rostra animalium imaginaria puta ferrea, vel aenea, et per ora et digitos solemus aquam ducere* (9).

XXXII. Dimando principalmente in settimo luogo, in qual modo, come, quando e per qual sito possa essere costituita od acquistata la servitù d' acquidotto? Rispondi, che può essere acquistata ne' modi, de' quali sopra ho discorso nella terza questione principale. Così pure un tempo la servitù di acquidotto non poteva costituirsi se non da una sorgente o fontana, ma oggidì invece lo si può da qualunque luogo; sorgente poi, o capo d' acqua o di fiume, si chiama quello donde ella nasce. Parimente può essere costituita la servitù dell' acqua trovata e da trovarsi; intorno a che di' come sopra nella prima questione principale. Così pure la servitù d' acquidotto può essere costituita per intervalli di tempo, per esempio, per certi giorni o per certe ore. Parimenti può essere costituita la servitù, che l' acqua sia divisa (10*) per misura, verbigrazia, per oncie e dita. E tanto vale il dire: io ti concedo un dito d'acqua, quanto io ti accordo licenza di condur acqua per un dito vuoto. Imperocchè sogliamo condur l' acqua mediante becchi immaginarii d'animali, per esempio, di ferro o di bronzo, e mediante l' estremità e le dita.

XXXIII. *Digitus autem dicitur secundum Isidor. minima pars agrestium mensurarum: et uncia quae continet tres digitos* (10), *ubi posui de ponderibus et mensuris. Item ex loco domini proprietarii vel ejus voluntate constitui potest servitus aquaeductus* (11), *et ex fundo livellario, seu emphyteutico et feudatario* (12), *in qua posui quae sint illae personae quae possint servit. constituere. Item per quem locum viam alii concedo per fundum, alii aquaeductum concedere non possum, et eodem modo si alii aquaeductum concessero, alii iter per eandem vendere vel*

XXXIII. Si dice poi dito, secondo Isidoro, la parte più piccola delle misure agresti, ed oncia quella che contiene tre dita. Così pure la servitù d'acquidotto può costituirsi dal luogo del padrone proprietario e per sua volontà, come dal fondo livellario o dall'enfiteutico, o dal feudale, del che parlai nel libro precedente, ove indicai quali sieno quelle persone che possono costituire servitù. — Parimenti in quel luogo, nel quale concedo ad uno la strada pel fondo, non posso concedere ad un altro l' acquidotto; e nello stesso modo se avrò concesso ad uno l' acquidotto, non potrò per lo stesso fondo

(1) *Ut dicta l. aquam, ubi hoc probatur, C. de servit. et aquae.*

(6) *L. Labeo, D. de servit. rust. praed.*

(7) § *modum, l. 3. D. de serv. et l. 1. § si a-*

Digitized by Google

concedere non potero (1). *Item publico loco interveniente, vel via publica aquaeductus concedi non potest, sed a principe impetrari debet, ut per viam ducere sine incommodo publ. liceat* (2). *et non potest duci per locum public. si damnum faciat etiam privato* (3).

XXXIV. *Item quid si non exprimitur, per quam partem fundi servientis possis aquam ducere? dic quod poteris per quamlibet partem, sed semel electa via, non poteris variare* (4). *In contrarium tamen videtur, quod imo a principio electio sit domini servientis* (5), *et adde, quia aqua non debet diverti a solito cursu suo: et si divertitur, debet in pristinum statum reduci* (6).

XXXV. *Item quid si debetur servitus aquaeduct. ex flumine, et flumen mutavit alveum? dic quod si mutavit, quia paulatim non recessit: et tunc licet alveus derelictus efficiatur domini praedii dominantis propter vicinitatem: tamen perditur servitus aquaeduct. quia ea loco, ubi nunc est flumen, servitus imposita non est:* ut l. hoc jure § si aquam, D. de aq. quot. et aesti. *Idem si flumen coepit circumfluere mutato alveo, quia ex quo medius locus non servit est interrupta servitus* (7). *Sed si flumen paulatim accessit fundo tuo: subsequi potest, quod locus totus fluminis ductioni serviat* (8), *et intellige quod si flumen addidit aliquid de terra fundo tuo, et sic paulatim recessit flumen a praedio tuo: quia refert si subito recessit, an paulatim mutat alveum* (9), *et licet iste intellectus in se sit verus: tamen aliter intelligi posset ille text.* (10), *nam ille text. non videtur pati praedictum intellectum gloss. videl. dum dicit, accesserit, ut subaudiatur aliquid de terra, quia dum dixit in verbo praecedenti flumen recesserit, et postea subdit, si accesserit fundo tuo, intelligitur scilicet flumen de*

vendere o concedere ad altri il passaggio. Parimenti essendo interposto il luogo pubblico o la pubblica strada, l'acquidotto non può essere costituito; ma si deve impetrare licenza dal principe di condurlo per la strada senza pregiudizio del pubblico; nè si può condurre pel luogo pubblico, qualora eziandio si rechi danno al privato.

XXXIV. Così pure, che di diritto se non è espresso per qual parte del fondo serviente si debba condur l'acqua? Rispondi, che potrai condurla per qualunque parte, ma una volta scelta la strada, non la potrai mutare. All'opposto invece sembra, che la scelta debbe esser fatta fin dal principio dal proprietario serviente. Ed aggiungi, che l'acqua non dev'essere divertita dal suo corso solito; e se vien divertita, dev'essere restituita nel suo pristino stato.

XXXV. Parimente, che di diritto, se la servitù d'acquidotto è dovuta dal fiume, ed il fiume ha mutato letto? Rispondi, che se il mutò senza ritirarsi a poco a poco, allora, sebbene il letto abbandonato diventi proprietà del padrone del fondo dominante a motivo della vicinanza, nondimeno la servitù d'acquidotto è perduta, perch' essa non è imposta in quel sito, ove ora corre il fiume. Parimente, se il fiume cominciò a girare attorno mutando l'alveo, la servitù rimane interrotta, perchè il luogo interposto non serve. Ma se il fiume accedette a poco a poco al tuo fondo, può avvenire che tutto il luogo occupato dal fiume serva alla condotta. Ed intendi: se il fiume aggiunse qualche poca terra al tuo fondo, e così a poco poco si ritirò da questo; perchè importa sapere se sia retroceduto subitamente, oppure lentamente. E sebbene questo senso in sè sia vero, nondimeno il testo della legge *hoc jure si aquam ff. de aq. quot. et aestiva*, può essere inteso diversamente. Imperocchè quel testo non sembra soffrire la predetta interpretazione della glossa, cioè che avendo detto *accesserit*, si sottintenda *qualche poco di terra*. Ed invero avendo detto prima *flumen accesserit*, e poscia soggiungendo *si accesserit fundo tuo*,

Digitized by Google

quo praedixerat, et non aliquid de terra, et est sensus, quod si flumen accesserit, i l est, appropinquaverit fundo tuo, subsequi potest, scil. inducendo aquam ad fundum tuum ex dicto flumine: quia locus totus fluvius est, id est, in quo nunc est flumen, servit ductioni, id est, servire intelligitur, ex quo est in loco, in quo servitus debebatur. Iste tamen intellectus non videtur convenire verbo, alluvione, posito in litera, nisi referas ipsum ad alium vicinum. Ex his tamen not. pro intelligentia hujus materiae, quae non reperitur bene declarata per Dd. 8. casus principales. Primus est, quando ex flumine public. quod est propinquum et conjunctum fundo meo, habeo jus aquae ducendae: et flumen totum uno impetu recedit de alveo suo, et a praedio meo, nullo loco in medio relicto, nisi alveo antiquo: quia in medio inter flumen et fundum meum, cui servitus debetur, est solum alveus antiquus fluminis, et hoc casu videbatur, quod adhuc duret servitus mea: quia alveus antiquus efficitur meus jure vicinitatis (1), *et sic non est locus medius, qui impediat servitutem. Tamen contrarium est verum, videl. quod imo servitus impediatur: quia ex quo flumen totum uno impetu recessit, et novum alveum facit: non reputatur esse illud idem flumen, cui servitus est imposita, sed aliud, et iste est proprie casus* (2), *et hoc etiam vult Bart.* (3).

XXXVI. *Ubi vult, quod si flumen mutavit alveum uno impetu, perditur jus aquae: et tunc videtur aliud flumen. Secundus casus est, quando flumen uno impetu recedit a fundo meo, et relinquit inter fundum meum, et flumen, nedum alveum antiquum, sed etiam fundum alienum, et tunc sine dubio non possum aquam ducere ex flumine novo ad fundum meum,*

ne segue che intenda discorrere del *fiume*, del quale avea prima parlato, e non già di qualche porzione di terra. Ed è questo il senso: che se il fiume sarà acceduto, vale a dire, si sarà avvicinato al tuo fondo, può seguire ecc., cioè mettendo l' acqua dal detto fiume al tuo fondo; perchè tutto il luogo è fluviale, cioè: quel luogo, nel quale ora scorre il fiume, serve alla condotta. E servire s' intende nel senso, ch' è nel sito nel quale era dovuta la servttù. Questa interpretazione tuttavolta non sembra convenire alla parola *alluvione* posta così, se non qualora si riferisca ad un'altra vicina. Da queste cose però puoi ritrarre otto casi principali a spiegazione di questa materia, che non si trova ben digerita dai Dottori. Il primo si è, allorquando ho il diritto di condur acqua dal fiume pubblico, ch' è vicino e congiunto al mio fondo; e tutto il fiume in un sol tratto recede dal suo letto e dal mio fondo, non lasciando alcun luogo interposto, se non l'antico letto; sì che nel mezzo, fra il fiume ed il mio fondo, al quale è dovuta la servitù, rimane soltanto il vecchio alveo del fiume; ed in tal caso sembra che la mia servitù duri ancora, perchè il letto antico diventa mio per diritto di vicinanza; e però non vi ha luogo medio che la impedisca. Nondimeno è vero il contrario, che anzi la servitù resta impedita; imperocchè, essendo il fiume tutto retrocesso d' un tratto e formatosi un nuovo letto, non si reputa esser più quel medesimo fiume pel quale era imposta la servitù, ma bensì un altro; e questo caso è propriamente considerato da testi, e tale si è l' opinione di Bartolo.

XXXVI. Il quale pensa, che se il fiume mutò letto d' un sol tratto, il diritto d'acqua è perduto, ed allora sembra essere un fiume diverso. — Il secondo caso avviene, allorquando il fiume d' un sol tratto retrocedette dal mio fondo, e lasciò tra questo e sè stesso, non solo l'antico letto, ma eziandio il fondo altrui; ed allora senza dubbio non posso condur l' acqua dal fiume nuovo

Digitized by Google

quando in medio reperitur fundus meus proprius: et tunc est dicendum, quod servitus impeditur, non ex eo, quod locus medius impediat: sed ex eo, quia est novum flumen, cui servitus non fuit imposita (1). *Quartus casus est, quando flumen, quod erat propinquum fundo meo ad quem aquam ducere poteram, decessit a praedio meo paulatim, ita quod per alluvionem relinquit terram fundo meo inter eundem fundum meum et flumen: et tunc servitus non impeditur, quia tota dicta terra addita fundo meo servire potest ductioni aquae: quia est mea, et idem flumen reputatur sicut prius, licet recesserit de alveo suo, ex quo paulatim recessit* (2), *secundum gloss. ibi. Quintus casus est contra, quando flumen, quod prius distabat a fundo meo, nunc accessit fundo meo per alluvionem, ita quod ei nunc conjunctum mediante alluvione versus fundum vicini relicta: quia recessit flumen a fundo vicini per alluvionem: et tunc idem quod in casu praecedenti: quia non mutatur nec interrumpitur servitus, quoniam reputatur esse idem flumen, nec est locus medius qui servitutem impediat: et iste est casus in d. 2. responso, secundum alium intellectum* (3). *Sextus casus est, quando flumen quod distabat a fundo meo, ex quo habebam jus aquae ducendae per medium fundi vicini ipso vicino consentiente, recessit uno impetu, et conjunctum est cum praedio meo. Et in hoc videtur dicendum, quod jus aquae ducendae non perdatur, quia si loco medio existente ducere poteram, multo magis ubi locus nullus est medius, tamen contrarium est verius, quia nunc aliud flumen esse reputatur* (4). *Septimus casus est, quando flumen quod erat fundo meo conjunctum, circumfluere cepit mutato alveo, id est, per diversas partes fluere cepit aliquo relicto loco in medio inter unum brachium fluminis et aliud: et tunc impeditur servitus aquaeductus: quia ex quo locus medius non servit, interrupta dicetur servitus* (5). *Subest etiam alia ratio impeditiva: quia mutato in toto alveo unico impetu, dicitur esse aliud flumen, propter praedicta. Octavus et ultimus casus est, quando flumen circumfluere coepit, et locus medius non impedit servitu-*

nel mezzo si trova un fondo mio proprio; ed allora deve dirsi, che la servitù è impedita, non per ciò che il luogo frapposto impedisce, ma perchè v'è il nuovo fiume, al quale non è imposta servitù. — Il quarto caso è allorquando il fiume, ch'era vicino al mio fondo, al quale poteva condur l'acqua, recedette dal mio fondo a poco a poco, così che per alluvione lasciò alcun terreno al detto mio fondo fra questo ed il fiume; ed allora la servitù non resta impedita, perchè tutta la terra predetta aggiunta al mio fondo può servire alla condotta dell'acqua, per la ragione ch'è mia, ed il fiume si considera com'era prima, benchè sia receduto dal suo letto a poco a poco. — Il quinto caso al contrario è quando il fiume, che prima distava dal mio fondo, ora s'è unito allo stesso mediante alluvione, così che egli s'è congiunto ad esso in forza dell'alluvione lasciata verso il fondo del vicino; perchè recedette dal fondo del vicino per tale causa; ed allora avverrà come nel caso antecedente, conciossiachè la servitù non si muti nè si interrompa, reputandosi essere il medesimo fiume, e non essendovi un luogo medio che impedisca la servitù. — Il sesto caso è allorquando il fiume che distava dal mio fondo, e dal quale avevo il diritto di condur acqua per mezzo il fondo del vicino con assenso di questi, retrocedette d'un solo tratto e si congiunse al mio fondo Ed in questo caso sembra doversi dire, che il diritto di condur acqua non è perduto, perchè se potevo condurla ad onta dell'esistenza del luogo intermedio, con molto maggiore ragione potrò condurla non essendovi luogo frapposto. Nondimeno è più vero l'opposto, perchè ora si considera essere un fiume diverso. — Il settimo caso è quando il fiume, ch'era unito al mio fondo, cominciò a girare intorno mutando il letto, cioè cominciò a scorrere per vie diverse, lasciando alcun luogo in mezzo fra un braccio del fiume e l'altro; ed in tal caso la servitù d'acquidotto rimane impedita, perchè, non servendo il luogo frapposto, la servitù si dice impedita. E vi ha eziandio un'altra ragione di impedimento, ed è; che mutato totalmente il letto del fiume d'un solo tratto, questo si dice essere un altro, in forza delle predette cose. — L'ottavo ed ultimo caso è quando il fiume comincia a girare intorno, ed il luogo medio

(1) *Ut dixi 1. et 2. casu.*

(2) *Argum. l. ergo, § alluvio, D. de aqu. rer. dom. et Instit. de rer. divis. § praeterea per alluvionem,* et iste est casus *in d. § si aquam. in 2. responso.*

(3) *Quem supr. dedi.*

(4) *Ut dictum est in 1. et 2. casu.*

(5) *Ut est casus in d. § si aquam, in 3. respon.*

Digitized by Google

tem: quia dominus mihi consentit, vel est meus, et in hoc puto sic esse dicendum: Aut flumen recessit in totum de alveo antiquo, et coepit circumfluere: et tunc licet cesset una ratio impeditiva, scilicet loci medii, tamen subest alia: quia non est amplius primum flumen, et ideo non durat jus ducendi aquam, secundum ea quae dixi supra in trib. primis casibus. Aut flumen non recessit in totum ex alveo antiquo, ita quod dici possit primum flumen durare, et tunc aut praedium meum est proximum veteri alveo, vel uni brachio fluminis: et tunc pro ea parte illius brachii debetur mihi servitus: quia utraque ratio impeditiva cessat, scilicet de loco medio, et de novo flumine. Sed in alio brachio fluminis, cui praedium meum non est proximum, sed fundus alterius: et tunc aut ille non consentit, et in illo servitus fundo meo non debetur: quia locus medius, etc. (1). *Aut dominus medii praedii consentit: et tunc servitus durat, quia est utraque ratio impeditiva: et ut brevius praedicta intelligantur, reducas omnes praedictos octo casus ad duas tantum conclusiones. Prima est, si ex flumine servitus aquaeductus praedio unius debetur, et mutatur flumen de loco suo, ita quod dici possit novum flumen: tunc servitus aquaeductus impeditur sive sit locus medius impediens servitutem, sive non: quia huic novo flumini et alveo servitus non fuit imposita. Secunda conclusio, si flumen ex quo debetur servitus aquaeductus, ita recessit de alveo suo, quod non dicatur novum flumen, sed idem, et nullus est locus medius, qui servitutem impediat, durare possit: quia nihil subest, quod servitutem habeat impedire, et praedicta omnia intelligas procedere posse in quatuor casibus principaliter. Primo, quando jus aquae ducendae debetur ex flumine publico* (11*). *et ita posui casum supra: et tunc requiritur, ut habetur licentia a principe vel superiore* (2). *Secundo potest*

non impedisce la servitù, però che il padrone ciò mi consente, o che il luogo è mio; ed allora io stimo che così sia da dirsi. Od il fiume recedette totalmente dall' antico letto e cominciò a girare, ed in tal caso, sebbene cessi una ragione d' impedimento, cioè il luogo medio, nondimeno ne resta un' altra, cioè, che non è più il fiume primiero, e però manca il diritto di condur acqua per ciò che ho detto ne' 3 primi casi. Od il fiume non recedette totalmente dal letto antico così che si possa dire che dura il fiume antecedente, ed allora, od il mio fondo è vicino al vecchio letto o ad un braccio del fiume; ed in tal caso la servitù mi è dovuta per la parte di quel braccio, perchè cessano amendue le ragioni d' impedimento, cioè il luogo frapposto ed il fiume nuovo. Ma rispetto all' altro braccio del fiume, al quale il mio fondo non è vicino, bensì quello di un altro, e questo non consente, e da quello non è dovuta servitù al mio fondo, perchè il luogo frapposto ecc. Oppure il padrone del luogo frapposto acconsente, ed allora la servitù continua, perchè cessano le due ragioni impedienti. — E perchè più brevemente s' intendano le ora esposte cose, ridurrai tutti i predetti otto casi a due sole conclusioni. La prima è, che se la servitù d' acquidotto è dovuta al fondo di uno, ed il fiume muta di luogo così, che possa dirsi un fiume nuovo; allora la servitù d' acquidotto è impedita, sia che v' entri un luogo frapposto che la impedisce, sia che no; perchè a questo nuovo fiume ed alveo non fu imposta servitù. La seconda è, che se il fiume dal quale è dovuta la servitù d' acquidotto, recedette dal suo alveo in guisa che non possa dirsi fiume nuovo, ma il medesimo, e se non vi è luogo di mezzo che impedisca la servitù, essa possa durare; perchè niente rimane che valga ad impedirla. Sappi poi, che le predette cose procedono in quattro casi principali. Primo, quando il diritto di condur acqua è dovuto dal fiume pubblico (11*) come nel caso posto sopra; ed allora è necessario ottene-

Digitized by Google

an sit servitus extincta? Quo casu distinguitur: aut subito recessit, et extincta est servitus: quia medius locus, qui non servit, impedit servitutem. Aut paulatim, et tunc durat servitus, quia reputatur idem flumen: nec est locus medius, qui impediat servitutem (1). *Quarto et ultimo non possunt praedicta procedere, quando est quaestio, utrum perdatur jus praeoccupationis et praeferendi vicinis. Quo casu eodem modo est dicendum: aut flumen subito recessit, et alveum mutavit, et perditur jus aquae ducendae, quod erat acquisitum occupatione: et tunc nova occupatione opus est: Aut paulatim: et tunc secus, quia jus aquae ducendae retinetur* (2), *qui etiam subdit hoc ultimo casu id procedere: nisi ille cui servitus debebatur, passus sit per annum aquam ire in sua libertate, quia etiam tunc perderetur jus aquae ducendae* (3).

XXXVII. *Sed juxta praedicta quaero, an in casibus in quibus per mutationem alvei fluminis amittitur servitus, aquaeductus de aequitate sit restituendus, ut debeatur ex novo, vel novis alveis? et videtur quod sic* (4). *Sed gloss.* (5) *dicit sub dubio forte quod illud procedit, quando debetur servitus ex loco privato, et sic ex flumine privato: secus si ex flumine publ. Ego vero non puto, quod in aliquo istorum casuum restituatur, per illum text. et per ea quae dicta sunt supra. Nec obstat* d. § si sublatum *quia ibi loquuntur de servitute, quae potest intelligi, etiam eadem ex quo non mutatur locus, licet mutetur aedificium: ac etiam contingit propter publicam utilitatem domorum, ut dicit Angel. de quo dic* (6), *ubi omnino vide.*

XXXVIII. *Sed quid si ad antiquum alveum* (12*) *flumen redit* (7)? *dicit quod restituitur: quia text.* in d. § si aquam *non dicit, quod servitus fuerit amissa, sed interrupta* (8). *Et hoc intellige, nisi tanto*

estinta? In questo caso distingui: O recedette in un tratto, e la servitù è estinta, perchè il luogo medio, che non serve, impedisce la servitù. Od a poco a poco, ed allora la servitù dura; perchè si stima essere lo stesso fiume; nè v' ha luogo medio che impedisca. Nel quarto ed ultimo caso possono procedere le cose suindicate, quando vi ha quistione se sia perduto il diritto di preoccupazione e di esser preferito ai vicini. Nel qual caso dee dirsi allo stesso modo: Od il fiume si ritirò subitamente e mutò letto, ed il diritto di condur acqua, che coll'occupazione era stato acquistato, è perduto; e v' ha duopo di una nuova occupazione. O si ritirò lentamente, ed allora altrimenti, perchè il diritto di condur acqua è conservato, come dice Bartolo, il quale soggiunge, che ciò procede in tal caso, purchè quegli, cui era dovuta la servitù, abbia sofferto che l' acqua scorresse per un anno in sua libertà, perchè anche allora il diritto di condurla sarebbe perduto.

XXXVII. Relativamente alle predette cose dimando, se nei casi nei quali la servitù si perde per mutamento d' alveo del fiume, l' acquidotto si debba restituire per equità, in guisa che sia dovuto nuovamente o dal nuovo letto? Sembra che sì; ma la glossa dice con forte dubbio, che ciò ha luogo quando la servitù è dovuta da luogo privato, e per conseguenza da fiume privato; non già quando da fiume pubblico. Io poi non credo che in alcuno dei detti casi si costituisca, e pei testi, e per quello che ho detto sopra. Ned osta il § *si sublatum* della legge *servitutes ff. de serv. urb. praed.*, perchè ivi si parla di una servitù, che può intendersi anche la medesima, per ciò che il luogo non è mutato, benchè sia mutato l' edificio; ed ancora ciò tocca la pubblica utilità, come dice Angelo.

XXXVIII. Ma che di diritto, se il fiume torna all' antico letto (12*)? La glossa dice che la servitù viene restituita; perchè il testo nel § *si aquam* non dice che la servitù sia stata perduta, ma interrotta. E questo

Digitized by Google

tur proprie (1), *nec restitueretur, licet flumen in alveum suum redierit, et ita induco d. gloss.* (2), *et quia saepe facta est mentio de mutatione alvei: quaero quomodo cognoscatur alveus, si mutet, vel non? dic quando desinit esse, prima forma omissa, id est, quando sic discurrit per alium locum, quod aqua non currat per primum alveum, dicitur alveus mutatus* (3).

XXXIX. *Ultimo circa praedicta quaeritur, an cuilibet sit licitum ducere aquam de flumine public. per occupationem factam propria authoritate?* (13*). *Et videtur quod non, et quod requiratur authoritas principis vel superioris* (4). *In contrarium videtur, quod licite quis possit authoritate jurisgentium aquam occupare ex flumine publico quo jure flumina, et eorum usus, et jura publica sunt* (5), *sed tu in hoc sic distingue: Aut flumen est publicum et navigabile: aut publicum et non navigabile. Primo casu, quando est navigabile, non licet aquam ducere propria authoritate, et qui primo ducit, illicite facit* (6). *Secundo casu, quando flumen non est navigabile, et tunc subdistingue: aut flumen intrat in aliud flumen navigabile; aut flumen non intrat in aliud flumen navigabile. Si intrat, aut aliud est mare, et potest ducere. Et est ratio, quia propter aquarum abundantiam ex uno flumine non dicitur recipere incrementum, vel diminutionem, et sic propter dictam occupationem nullum detrimentum recipere potest: aut est aliud flumen navigabile, in quo intrat: et tunc aut propter dictam occupationem ductus aquae avertitur a flumine navigabili, et facit quod flumen efficitur non navigabile, vel damnificatur navigatio, et non potest* (7). *Aut avertitur aqua a flumine navigabili, exemplum. Si aquam duco ex flumine ad fundum meum, et nihilominus postea flumen navigabile intrat, et istud non est prohibitum, si bene consideras rationes praedictarum legum.*

spegnerebbe; nè si restituirebbe, benchè il fiume ritornasse al suo letto. Così intendo la glossa, perchè spesso è fatta in essa menzione del cambiamento dell' alveo. — Dimando poi in qual modo si conosce, se il letto muti o non muti? Rispondi: quando perdendo la primiera forma finisce d' essere, oppure, quando scorre per un altro sito così, che l'acqua non vada pel letto primiero; allora l' alveo si dice mutato.

XXXIX. Finalmente intorno le predette cose dimando, se sia lecito a chiunque condur acqua dal fiume pubblico in forza di occupazione fatta di propria autorità (13*). Sembra che no, e che sia necessaria l' autorità del principe o del superiore. Al contrario sembra, che lecitamente possa chiunque occupar l' acqua proveniente dal fiume pubblico per autorità del diritto delle genti; perchè di diritto i fiumi, il loro uso ed i diritti relativi sono pubblici. Tu però distingui: Od il fiume è pubblico e navigabile, od è pubblico e non navigabile. Nel primo caso, quando è navigabile, non è permesso condur acqua di propria autorità, e chi primo la conduce, opera illecitamente. Nel secondo caso, quando il fiume non è navigabile, ed allora distingui: Od il fiume entra in un altro fiume navigabile, o non entra. Se entra, od entra in mare, si può condurre per queste ragioni; che per l' abbondanza delle acque il fiume non si dice ricevere aumento o diminuzione, e però in forza di detta occupazione non può sentire alcun pregiudizio. Od è un altro fiume navigabile quello nel quale entra, ed allora, o per la detta occupazione l' acqua è divertita dal fiume navigabile, e questo non è più tale, o resta danneggiata la navigazione, e non si può. O si toglie l' acqua dal fiume navigabile, ed ecco un esempio. Se io conduco l' acqua dal fiume al mio fondo, e nondimeno poscia entra nel fiume navigabile, questo non è proibito, se bene consideri le ragioni delle predette leggi.

Digitized by Google

Padum (1). *Et quod dixi, quod quis propria authoritate potest aquam ducere ex flumine publico non navigabili, quando intrat flumen navigabile, et non impedit navigationem, procedit multo magis, quando intrat flumen non navigabile. Sed hoc tamen limita duobus modis. Primo, quando flumen esset publicum: hoc est, esset in usu publico, scilicet fisci vel civitatis, vel alicujus municipii; puta, quia illa utitur ad molendinum, prout faciunt Bononienses de flumine, in quo sunt molendina communis Bononiae* (2), *vel utitur civitas ad alium usum dicta aqua, et tunc permittitur aquam ducere* (3). *Secundo fallit, quando cum vicinorum injuria duceretur* (4). *Et si dicatur, nonne est semper vicinorum injuria, qui non possunt facere suum aedificium? Respondeo secundum Barthol.* (5), *quod per hoc non patitur vicinus injuriam seu damnum* (14*), *sed non acquirit lucrum: et non est idem, lucrum non capere, et damnum sentire* (6). *Aut est flumen publicum exquo aqua deducitur, sed non est navigabile, et tunc quis potest licite authoritate jurisgentium aquam ex eo ducere: quia per jura civilia non est prohibitum id, quod est de jure gentium licitum* (7), *dummodo non fiat cum vicinorum injuria* (8). *Sed adverte secundum eum ibi, quando quis facit illicite respectu privati ducendo aquam ex flumine publico, ille solus me potest impedire, non alius tertius: quia quantum ad eum, illicite facio* (9), *sed quando facit illicite respectu juris publici: tunc quilibet privatus potest impedire* (10).

XLI. *Quid autem si aqua exit de molendino* (15*) *unius, et alter vult eam capere, et ducere ad molendinum suum, ita quod molendinum primum non impediat, an possit? et dicas quod, aut illa aqua intravit alveum publicum, et non est dubium quod potest per praedicta* (11), *aut non intravit alveum publicum, et tunc alveus per quem aqua ducitur ad molendi-*

entra in Po. E ciò ch' io dissi, che, cioè, ciascuno può di propria autorità condur acqua dal fiume pubblico non navigabile, quando entra in un fiume navigabile, procede a maggior ragione, quando essa entra in un fiume non navigabile. Tu nondimeno circoscrivi questo in due modi. Primamente, quando il fiume fosse pubblico, cioè in uso pubblico, o del fisco, o della città, o di alcun municipio, per esempio, perchè quell' acqua si usa per un mulino, come fanno i Bolognesi del fiume Reno, nel quale hannovi mulini appartenenti al Comune di Bologna; oppur la città si serve di detta acqua per qualche uso; ed allora è permesso condurla. In secondo luogo, quando si conducesse con ingiuria de' vicini. E se mi si dice: non è forse sempre ingiuria dei vicini, i quali non possono fabbricare il loro edificio? Rispondo secondo Bartolo, che per ciò il vicino non soffre ingiuria o danno, ma non acquista lucro; e non è la stessa cosa non conseguir lucro e sentir danno (14*). — Od è fiume pubblico quello da cui si deriva l'acqua, ma non è navigabile, ed allora chiunque può condur l' acqua da esso lecitamente per diritto delle genti; imperocchè non è proibito pel Diritto Civile ciò ch'è permesso per Diritto delle genti, purchè non sia fatto con ingiuria dei vicini secondo Bartolo. Ma avverti tuttavolta, secondo lui, che quando io opero illecitamente rispetto ad un privato, conducendo l'acqua dal fiume pubblico, quegli solo mi può impedire, non un altro, perchè quanto ad esso soltanto, io opero illecitamente. Ma quando si opera illecitamente rispetto al diritto pubblico, allora ciascun privato ha facoltà d' impedire.

XLI. Che poi, se l' acqua esce dal mulino (15*) di uno, ed un altro vuol prenderla e condurla al proprio mulino, così che il primo mulino non rimanga impedito? lo può forse? Rispondi: o quell' acqua entrò nell' alveo pubblico, e non v' ha dubbio che il può, per le anzidette cose. O non entrò nell' alveo pubblico, ed allora l'alveo pel quale l' acqua si conduce al mulino, è pubblico, e

(1) *Secundum Bart. qui ita not. in l. quominus, in princ. in 3. opposit.*

(2) *De quibus habetur per glos. in l. inter publica, ff. de verb. sign. et in l. sed et Oliveus in*

(5) *In d. l. quominus in 2. quaest. princ.*

(6) *L. fin. ff. de codicil. et l. qui autem in princ. de his quae in fraud. cred. cum simil.*

(7) *Per §. dumtaxat Institut. de rer. divis. et per*

num, est publicus, et post molendinum descendit per alveum publicum, et tunc subdistingue (1). *Aut alveus est privatus, et tunc non potest* (2). *Quando autem ducitur alveus fluminis publici, per quem flumen publicum discurrit, et tunc est publicus alveus: quia alveus est illius, cujus est flumen* (3). *Quia impossibile est ut alveus fluminis publici non sit publicus, et hoc procedit etiam si alveus sit fossa manufacta per quam fluit publicum flumen* (4). *Secus si flumen aliquam terram inundaverit: quia tunc ille locus inundatus non esset publicus* (5). *Aut alveus est flumnis privati, per quem flumen privatum decurrit, et erit privatus* (6), *et descendit ad latus fluminis pro aqua ducenda, puta ad molendinum, vel agros irrigandos, quia alveus est cavus sive fossa, et dicitur in vulgari forma seu formula, et ita appellatur quandoque* (7), *et appellatur quandoque in jure incile* (8).

XLII. *Item appellatur in vulgari vallum: ut not. Bart.* (9). *Item secundum nos appellatur seriola. Et in hoc dic, quod locus sive alveus dicitur privatus: cum per talem locum non semper concurrit aqua* (10), *et ratio in eo,* § *si fossa, et Bart.* (11) *ubi dicit: Aut duco aquam ex flumine publico immediate per fundum meum, et tunc non est dubium quod locus est meus. Aut duco per fundum vicini, ipso permittente, et tunc locus est ejus, cujus primo erat antequam fieret seriola, et ego habeo servitutem aquae ducendae: et si ille me impedit ducere, habeo interdictum de aqua quotid. et aesti.; si me impedit formulam sive seriolam purgare, et reficere, habeo interdictum de rivis* (12), *et habeo confessoriam* (13).

XLIII. *Sed quid si duo volunt aquam ducere ex flumine publico ad fundum suum, et se invicem impediunt, quis praeferetur? ista ponuntur per Bart.* (14), *ubi plene examinat et per Bald.* (15). *Ego au-*

dopo il mulino scende pure pel pubblico alveo, ed in tal caso suddistingui: o l' alveo è privato, ed allora nol può. Quando poi si conduce l'alveo del fiume pubblico, pel quale questo discorre, in tal caso è alveo pubblico, perchè l'alveo è di quello, cui spetta il fiume. Ed invero è impossibile, che l'alveo del fiume pubblico non sia pubblico; e questo ha luogo eziandio quando l' alveo è una fossa manufatta, per la quale corre il pubblico fiume. Diversamente, se il fiume inondò alcun terreno, perchè allora quel luogo inondato non è pubblico. — O l' alveo è di un fiume privato, pel quale il fiume privato discorre, e sarà privato; ed allora discende a lato del fiume per condurne l'acqua, per esempio, ad un mulino, o per irrigare i campi; imperocchè l' alveo è una cavità o fossa, e volgarmente s'appella *forma* o *formola*, come è chiamata talor anche ne' testi. Talvolta ancora si appella *incile*.

XLII. Così pure in volgare si chiama *vallo*, come nota Bartolo, e presso noi si dice *seriola*. E circa questo di', che il letto od alveo si chiama privato, quando per esso non sempre corse l' acqua, e la ragione si trova nel § *si fossa*, e Bartolo dice così: o conduco l'acqua dal fiume pubblico immediatamente pel fondo mio, ed allora non vi ha dubbio che il luogo è mio. O la conduco pel fondo del vicino con sua licenza, ed allora il luogo è di colui, cui apparteneva prima che si facesse la *seriola*, ed io ho la servitù di condur acqua; e s'egli m' impedisce di condurla, ho l' interdetto *de aqua quotidiana et aestiva*. Che se m' impedisce di purgare o ristaurare la *formola* o *seriola*, ho l' interdetto *de rivis*, e la *confessoria*.

XLIII. Ma che sia di diritto, se due persone vogliono condur l'acqua dal fiume pubblico al proprio fondo, e s'impediscono a vicenda? chi sarà preferito? Questa quistione è trattata da Bartolo e da Baldo. Io poi la-

Digitized by Google

aut non. Primo casu regulariter unus alterum impedire non potest (1); *hoc tamen regulariter fallit, quando ambo vellent aquam ex eodem fluminis loco ducere: quo casu distingue, ut dicam in sequentibus. Secundo casu principali, quando non est sufficiens utrique, et quilibet vult in diversa parte fluminis ex eo ducere, et tunc subdistingue: aut ambo incoeperunt eodem tempore ducere aquam, vel occupare locum: aut unus primo incoepit, alter post cum de primo ignoraret, aut unus primo incoepit, et alius postea, cum sciret primum incoepisse. Primo casu, quando ambo incoeperunt eodem tempore, videtur quod sit locus gratificationi* (2), *vel quod sorte dirimatur, nisi unus potuisset providere, alter non* (3), *quae ponit de duobus plaustris sibi obviantibus, ut ponit etiam gloss.* (4), *vel dic secundum Barthol.* (5), *quod usus dictae aquae est communicandus inter eosdem, vel debet dividi per tempora et per mensuras* (6); *circa quod vide quod dixi* (7) *et quod statim videtur. Secundo casu quando unus primo incoepit, alter post, cum ignoraret de primo, Barthol.* (8) *dicit idem quod proximo casu praecedenti: quia paria sunt, quod ambo simul incipiant, vel quod unus incipiat: et alter ignorans postea incipiat, sicut quando duo plaustra se invicem obviant in via arcta, per quam unum tantum plaustrum transire potest, et unum primo ingressum est viam, et aliud postea, non praevidens primum* (9).

XLIV. *Est ergo cautela, ut ille qui primo ingreditur viam cum plaustro: aut qui primo incoepit aedificare, aut aquam ducere protestetur, quod ipse occupat et occupare* (16*) *intendit usum dictae aquae ad tale aedificium. Item bonum esset si quis cum judicis authoritate opus inciperet, hoc tamen non semper est de necessitate* (10), *et istis casibus ipse protestans praefertur, ut dicam in tertio casu sequen. Ego autem in istis duobus puto aliter dicendum, videlicet aut isti qui eodem tempore volunt ducere aquam, vel occupare, vel unus primo, alter post, faciunt*

può. Nel primo caso di regola l' uno non può impedir l' altro. Questa regola però fallisce qualora amendue volessero condur l' acqua dallo stesso sito del fiume, nel quale caso distingui come appresso. Nel secondo caso principale, quando non basta ad amendue, e ciascuno vuol condurla da parti diverse del fiume, ed allora suddistingui: Od ambedue cominciarono nello stesso tempo a condur acqua o ad occupare il sito. O cominciò prima uno, e l' altro poscia, ignorando del primo. Od uno cominciò primo e l' altro poscia, sapendo che il primo aveva cominciato. Nel primo caso, quando ambidue cominciarono nello stesso tempo, sembra che vi sia luogo a gratificazione, o che si debba decidere la questione con la sorte, purchè l' uno avesse potuto provvedere e l' altro no; oppure di' secondo Bartolo, che l' uso di detta acqua si deve far comune fra amendue, o si deve dividere per tempi o per misure, intorno a che vedi quanto ho detto prima e dirò poscia. Nel secondo caso, quando uno cominciò prima, e l'altro dopo, ignorando del primo, Bartolo dice, che segue lo stesso come nel precedente caso; perchè sono pari cose, che comincino insieme, o che cominci prima l'uno e poscia l'altro ignorando del primo, come quando due carri si incontrano a vicenda in una strada angusta, per la quale può passare un sol carro, ed uno primo entrò in esso, e l'altro dopo, non sapendo del primo.

XLIV. È pertanto una buona cautela, che quegli che primo entrò nella strada col carro, o chi primo cominciò a fabbricare, o chi primo cominciò a condur acqua, protesti che intende occupare (16*) l' uso di detta acqua od altro per la tale opera. Parimente sarebbe buona cosa che ciascuno che fabbrica cominciasse il lavoro coll' approvazione del giudice, benchè ciò sempre non occorra; ed in questi casi chi protesta vien preferito, come dirò nel terzo caso seguente. Io poi in questi due casi stimo doversi dire altrimenti, cioè, che se coloro che in pari tempo vogliono condur acqua od occupare, o l'uno primo e l' altro dopo, operano nel

Digitized by Google

in flumine aut in illo loco proximo fluminis, vel si faciunt, in ripa fluminis: et tunc licet proprietas ripae sit eorum qui prope ripam praedia possident, quia tamen usus ripae fluminis est communis (1), *dicendum est, quod tantum juris habet unus, sicut alter: et sic sunt pares in jure. Et propterea concludendum est, ut dicit Barthol.* (2), *videlicet quod aqua dividatur per mensuras vel tempora, quod intellige, si commode dividi potest, ita quod prosit utrique: alias puto quod sorte sit dirimendum* (3). *Si vero faciunt opus non in ripa fluminis, sed in loco proximo ripae, et tunc aut ille locus est publicus, aut privatus. Si est publicus, ille est praeferendus cui est permissum a principe vel a superiore: quia per locum publicum non licet privato propria authoritate aquam ducere* (4), *alias erit locus gratificationi principis vel superioris* (5). *Si locus est privatus, et tunc dicendum est, aut ille locus est aedificantis primo, aut vicini, qui etiam similiter aedificavit, aut alterius tertii. Si est aedificantis, ille praefertur qui in suo aedificavit: quia licet hoc fecerit, sive primo aedificaverit, sive secundo: quia ipse aedificavit licite* (6). *Si vero locus est alterius tertii tantum: tunc ille praefertur, cui primo concessit dominus loci, alias erit locus gratificationi: quia per fundum alienum privatum non licet alicui aquam ducere sine ejus voluntate* (7). *Secundo casu principali quando unus primo incoepit occupare, vel aedificare, aut aquam ducere, et alter post sciens primum incoepisse: tunc primus praefertur: quia hoc casu melior est conditio occupantis* (8). *Quod tamen ego intelligo secundum distinctionem praecedentem.*

XLV. *Quando autem quis dicatur occupasse* (17*), *vel incoepisse aedificare, vel aquam ducere, vel uti loc. public.* (9). *Et si quis incoepit aedificare, et dimisit,*

fiume od in luogo vicino a questo, od in riva del fiume; ed allora, sebbene la proprietà della riva sia di coloro che possedono fondi presso la stessa, nondimeno, poichè l' uso della riva del fiume è comune, deve dirsi che tanto diritto ha l' uno quanto l' altro; e perciò sono pari in diritto. Per la qual cosa si deve conchiudere come Bartolo, cioè, che l' acqua si divida per misure o per tempi; lo che intendi: purchè comodamente possa esser divisa, così che sia proficua ad ambidue; diversamente, stimo che si debba decidere mediante la sorte. Se poi fanno una opera, non sulla riva del fiume, ma in luogo vicino ad essa, ed allora, o quel luogo è pubblico, od è privato. Se è pubblico, quegli è da preferirsi, che ha il permesso dal principe o dal superiore; perchè non è lecito al privato condur acqua pel luogo pubblico di propria autorità. In caso diverso vi sarà luogo a gratificazione del principe o del superiore. Se il luogo è privato, ed allora deve dirsi: O quel luogo è primamente del fabbricante, o del vicino, che similmente fabbricò, o di un altro terzo. Se è del fabbricante, è preferito colui che fabbricò nel suo, perchè sebbene ciò abbia fatto primo o secondo, nondimeno lo fece lecitamente. Se poi il luogo è di un altro terzo, allora si preferisce quegli al quale primamente acconsentì il padrone del luogo; altrimenti vi sarà luogo a gratificazione; perchè non è lecito ad alcuno condur acqua pel fondo privato di un altro senza di lui volontà. Nel secondo caso principale, quando uno cominciò primo ad occupare o a fabbricare o a condur acqua, e l'altro poscia cominciò, sapendo che il primo avea principiato, allora vien preferito il primo, perchè in questo caso è migliore la condizione dell' occupante. Io che nondimeno intendo procedere secondo l' antecedente distinzione.

XLV. Quando poi si dica, che alcuno ha occupato, o cominciato a fabbricare, o a condur acqua, o ad usare del luogo pubblico, vedi pienamente in Bartolo. E nel ca-

Digitized by Google

Item Barthol (1) *et per Bald.* (2) *et ego dicam infra* (3).

XLVI. *Et pro declaratione omnium praedictorum scias, et tene menti, quod non sequitur, quis habet potestatem vel jus ducendi aquam ex flumine publico vel privato, ergo habet servitutem aquae ducendae. Sic in hoc debet ita distingui: Aut debetur ex flumine publico aut privato. Primo casu, aut praedium dominans ad quod ducitur aqua, est proximum flumini, nullo alio medio: et tunc non dicitur proprie servitus, quia non debetur a praedio alterius quod reperitur* (4), *sed debetur istud jus a loc. publ. et ita tenet Bart.* (5). *Aut praedium dominans non est proximum, aut via publica vel alter locus est in medio inter flumen et locum dominantis, et tunc idem eadem ratione. Aut est in medio locus privatus, per quem duci debet aqua: et tunc aut flumen est perenne* (18*), *et erit servitus aquaeduct.* (6). *Aut flumen non est perenne: quia aliquando exaresvit, sicut est fons, lacus et stagnum* (19*), *et tunc quia non habet causam perpetuam seu continuam respectu rei, quae debet servitutem* (7), *quod intelligo ut servitus imponatur directo: quia directo imponi non potest, sed bene dicitur servit. utiliter*, ut l. 2. ff. com. praedior., *quae ita debet intelligi secundum Barthol.* (8), *et ita etiam tenet Rofred.* (9). *Ista servitus utilis non poterit dici servitus, quantum ad hoc ut praescribi possit, ex quo non habet causam continuam: quia requiritur tantum tempus, ut non extet memoria in contrarium, et iste est casus* (10). *Item poterit dici servitus quoad hoc, ut quis perpetuo eam habere possit, ex quo constituta est, licet perpetuo non utatur: quia in hoc casu non potest sic concedi servitus ista, ut perpetua sit, et iste est casus* (11), *sed quoad alios effectus, potest dici servitus utiliter, quod bene not. Secundo casu principali, quando debetur servitus ex*

(1) *In d. l. c. 5. quaestion.*

vedi nello stesso Bartolo ed in Baldo. Io poi ne parlerò appresso.

XLVI. A schiarimento di tutte le suesposte cose, sappi, e tieni a memoria, che non segue da esse, che chiunque ha potestà o diritto di condur acqua dal fiume, abbia la servitù di condurla. Imperocchè in tale riguardo così bisogna distinguere. O l' acqua è dovuta dal fiume pubblico, o dal privato. Nel primo caso, o il fondo dominante, al quale si conduce l' acqua, è vicino al fiume, e nessun altro v' è frapposto, ed allora non si dice propriamente servitù, perchè non è dovuta dal fondo altrui, ma dal fiume pubblico, e questa è opinione di Bartolo. Od il fondo dominante non è vicino al fiume, o vi è una strada pubblica o un altro luogo nel mezzo fra il fiume ed il fondo dominante, ed allora sarà la stessa cosa per la stessa ragione. O vi è in mezzo un luogo privato, pel quale l' acqua si deve condurre, ed allora o il fiume è perenne (18*), e vi sarà servitù d' acquidotto; o il fiume non è perenne, perchè talvolta si secca, com' avviene per la fontana, pel lago o per lo stagno (19*); ed allora perchè non ha una causa perpetua o continua rispetto alla cosa che deve la servitù, questa non vi sarà. Lo che intendo in guisa, che la servitù sia imposta direttamente, *perchè non può essere imposta direttamente, ma bensì allora si chiama utilmente servitù*, come dice la legge 2 *ff. comm. praed.*, la quale dev' esser intesa così, secondo Bartolo ed anche secondo Roffredo. Questa servitù utile però non si potrà appellare servitù, rispetto al motivo che si può prescrivere, per ciò che non ha causa continua; essendochè si richieda tanto tempo, che non resti memoria del contrario. Del pari si potrà dire servitù rispetto a ciò, che ciascuno possa averla perpetuamente, dacchè è costituita, sebbene non la usi in perpetuo; perchè in questo caso tale servitù non può esser concessa in modo che sia perpetua; ma rispetto agli altri effetti può chiamarsi utilmente servitù; il che nota bene. — Nel secondo caso principale, quando la servitù è dovuta da un fiume privato, ed al-

(8) Ibi. *et in d. l. foramen.*

Digitized by Google

flumine privato, et tunc aut est perenne, et sine dubio dicitur proprie servitus directa, ex quo debetur a fundo privato alteri fundo privato, sive alius locus publicus vel privatus sit in medio, sive non: quia verba ex mente legis concurrunt (1). *Aut non est perenne, et tunc non valet servitutis impositio mero jure, sed de aequitate praetoris tenet, et iste est casus* (2), *vel secundum Bart. non valet directe, sed utiliter* (3).

XLVII. *Octavo principaliter quaero, quomodo, et qualiter quis debeat, aut possit uti servitute aquaeductus? Et dicas primo, quod debet uti secundum consuetudinem* (4). *Et propterea dixit Bald. not.* (5) *quod in aquis et molendinis et in ipsis aquarum commoditatibus standum est antiquitati* (6). *Item quis debet uti servitute aquaeductus, secundum formam statutorum, si quae sunt* (7). *Item debet uti secundum conventiones et pacta, quae de servitute inita sunt* (8). *Et ideo non potest quis uti servitute, nisi quatenus concessum est,* ut l. ergo, in fin. et l. ex meo, ff. de servit. rust. praed. l. non modus, C. de serv. et d. l. is qui duo, *quae vult notabiliter, quod si habens duo praedia confinia, superius vendiderat, pacto apposito, ut aquam sulco aperto emptori educere in fundo vicini liceat, non poterit emptor ex alio fundo aquam accipere, et in inferiorem venditoris ducere. Ex hoc sequitur secundum Angel.* (9), *quod in usu servitutis aquae forma data punctualiter est observanda: et illa cui debetur servitus aquaeductus, non potest cum eo aliam miscere.*

XLVIII. *Et subdit quod hoc est optimum argumentum ut ille qui habet talem servitutem ducendi aquam ad molendinum, non poterit propter aquarum abundantiam, aliud molendinum construere* (10), *et*

lora, od è perenne, e senza dubbio si dice propriamente *servitù diretta*, per ciò ch' è dovuta da un fondo privato ad un altro privato, tanto se vi sia frapposto un luogo intermedio pubblico o privato, quanto se no; perchè le parole concorrono secondo l'intenzione della legge. O non è perenne, ed allora per puro diritto l' imposizione della servitù non tiene, sì invece per equità del pretore, oppure, secondo Bartolo, non vale direttamente, ma utilmente (*g*).

XLVII. In ottavo luogo principalmente dimando: in qual modo, e come alcuno debba o possa usare della servitù di acquidotto? Rispondi primamente, che si deve usare secondo la consuetudine. E però disse Baldo, che rispetto alle acque, ai mulini, ed alle stesse comodità delle acque si dee stare all' antichità. Così pure ciascuno deve usare della servitù d' acquidotto, secondo la forma degli statuti, se vi sono. Parimenti deve usarne secondo le convenzioni ed i patti, i quali furono aggiunti intorno la servitù. E perciò nessuno può usare della servitù, se non dentro i limiti della concessione, in forza della legge *is qui duo ff. de serv. rust. praed.*, la quale notabilmente dispone, che se chi possede due fondi confinanti, abbia venduto il superiore, col patto aggiunto, che al compratore sia permesso condur l'acqua dell' aperto canale nel fondo del vicino, non potrà il compratore ricever acqua da un altro fondo, e condurla nel fondo inferiore del venditore. Da ciò segue, secondo Angelo, che nell' uso della servitù d' acqua deve osservarsi puntualmente la forma determinata, e quegli cui essa è dovuta, non può meschiare altra acqua con quella concessa.

XLVIII. E soggiunge, che questo è ottimo argomento, onde quegli che ha tale servitù di condur acqua al suo mulino, non può costruirne un altro a cagione dell' abbondanza delle acque, come pure egualmen-

(1) *Per l. 1. § aquaeductus, ff. de serv. rust. praed. cum simil.*

(2) *In l. secundum tertiam lect.* ibi, ei Ang. *ibi ff. communia praed.*

(3) *Ut dixi in 1. casu praeced.*

(4) *Ut l. praeses, C. de serv. et aqua et l. si manifeste, eod. tit.*

(5) *In titul. de pace Constant. in 6. col. per illum*

(7) *Argument. d. l. qui luminibus* ibi, secundum formam statutorum, *conjuncta gloss. et argum. d. l. an in totum, facit l. omnes populi, de just. et jur.*

(8) *Et probatur in l. certo generi, ibi quae lege comprehensa est, Digest. de servitute rust. praedior. et in l. is qui duo praedia, cum l. sequent. et l. cum essent, § fin. ibi, nisi pactum, vel stipulatio. eodem titul. et l. si quis duas, in princip. ff.*

Digitized by Google

non potest eo modo aliam aquam immiscere, ut molendinum celerius volvatur. Item si esset lata sententia, a quo non fuisset appellatum, vel aliter in rem judi. transivisset: tunc inter partes ei standum est secundum formam et tenorem sententiae (1).

XLIX. *Sed dubium est circa praedicta, pone inter duo castella erat quaestio de ductu aquae publicae, et fuit inter se lata sententia, demum imperator concessit mihi unum de illis castellis, nunquid tenear servare illam sententiam? videtur quod sic: quia castellum transit cum suis vitiis, suaque causa, praesertim cum sit universitas quaedam* (2), *et quia imperator non videtur velle praejudicare sententiis et transactionibus sed tacite reservare argum.* (3). *Et ideo dicit Bald.* (4), *quod concessiones de bonis publicis factae semper intelliguntur, reservatis jurib. et commoditatib. ejus cui primo facta est concessio* (5). *In contrarium videtur, quia sicut princeps posset non servare sententiam, et uti aqua publica pro voluntate* (6), *ita quod et ego possim, qui vice principis fungor. Item facta privatorum fisco non praejudicant, nec tenetur fiscus de factis illis facere mentionem* (7), *dum tamen boni viri fungantur officio, sicut ipse princeps induxisset, si certioratus fuisset,* ff. de pact. l. tale pactum § fin. cum ibi not. in gloss. *quod maxime verum est, si alium non laedo* (8). *Nec obstat text.* in d. titul. de pace Constan. ibi. *salvo jure aquae Lambr. quia ibi jus aquae competebat ex consuetudine* (20*), *quae est fortior quam pactum privatorum* (9). *Item ubi non est consuetudo, statutum, pactum, vel sententia, dic primum locum esse considerandum: nam publicus aquaeductus debet habere locum sive spatium 5 pedum, in quo loco nullae sint arbores: sed si*

te non può meschiare altra acque, onde il mulino vada più prestamente. Parimente se fosse pronunciata sentenza e da essa non si fosse appellato, od altrimenti se fosse passata in cosa giudicata, in tali casi le parti devono stare ad esse, secondo la sua forma e tenore.

XLIX. Ma vi è dubbio circa le predette cose. Poni quest' esempio. V' era questione fra due castelli intorno la condotta di una acqua pubblica, e fu pronunciata sentenza fra loro. In seguito l' Imperatore concesse a me uno di quei castelli. Sarò io forse tenuto ad osservare quella sentenza? Rispondi che sì; perchè il castello passa co' suoi vizii e colla sua causa, specialmente quando vi sia una certa università; e perchè non sembra che l' Imperatore voglia pregiudicare alle sentenze ed alle transazioni, ma riservare tacitamente. Epperò Baldo dice che le concessioni dei beni pubblici sempre s' intendono fatte colla clausola: *riservati i diritti e comodità di quello, cui primamente la concessione fu fatta.* All' opposto sembra, che siccome il principe può non osservare la sentenza, ed usare a piacimento dell' acqua pubblica, così pura lo possa io, che sto in vece di lui. Parimente i fatti dei privati non pregiudicano al fisco, ned il fisco è tenuto a far menzione dei fatti loro: come dispone la legge *tale pactum ff. de pactis* colle parole: *nondimeno i buoni uomini esercitano il loro ufficio nella stessa guisa, che avrebbe fatto il principe se n' avesse avuta certezza;* il che è vero massimamente se non ledo altri. Ned osta a ciò il testo del titolo *de pace Constantiae* nelle parole *salvo il diritto dell' acqua del Lambro*, perchè ivi il diritto d' acqua spettava per consuetudine, la quale è più forte che il patto de' privati. Parimente, ove non esiste consuetudine (20*), statuto, patto, o sentenza, di' che si deve considerare il primo luogo; imperchè il pubblico acquidotto deve avere un luogo o spazio di 5 piedi, nel quale non siano alberi, e se vi nascono, deb-

Digitized by Google

quae nascerentur, debent excidi (1). *Si vero ducitur per locum public. debet esse latitudo 10 pedum* (2), *et si contra fiat, poena imponitur* (3). *Idem debet quis ducere aquam ex flumine, ita ut vicinus non noceat in eadem ripa, vel is alia* (4), *ubi etiam dicitur, quod si rivum aquaeductus privato nocebit, competit actio privato* (5). *Item debet duci per locum solitum, quia aqua non debet deduci a suo solito cursu* (6). *Et ideo dicit Bald.* (7) *quod in isto aquarum ductu non solum inspicimus principium, sed etiam loca unde decurrit, et alveos et meatus unde transit, et si est vetustissimus aquae cursus, et secundum eorum qualitatem de usu aquae judicare debemus, pro hoc, quod dixi* in prin. hujus qu.; *et ideo non potest duci aqua aliter quam ducta fuerit aestate praeterita* (8), *et intelligitur mutari alveus solitus, quando aquae cursus mutatur, ita ut aqua depressior vel altior vel rapidior sit incommodo vicinorum* (9). *Et intellige quod dixi de solito cursu aestate praeterita, nisi versetur maxima utilitas ducentis, et modicum incommodum alterius* (10).

L. *Et incommoditas vicini dicitur, quando unus habéret de aqua, et non posset commode uti aqua juxta solitum, secus si esset incommoditas vel damnum, puta quia pauciores portabunt frumentum ad molendinum suum propter abundantiam alterius: quia istud damnum non consideratur* (11), *et ita vult Bart. eleganter* (12) *et Bald.* (13). *Item si servitus aquaeductus debetur ex flumine, et flumen muravit alveum* (21*), *an duret servitus, et in quo loco, vide quae plenissime dixi supra* (14). *Item habens jus aquae ducendae potest aquam ducere per quamcun-*

bono esser tagliati. Se poi l'acqua vien condotta per un luogo pubblico, la larghezza dev' essere di 10 piedi, e se si trasgredisce, viene inflitta una pena. Del pari ciascuno deve condur l' acqua del fiume così, che non rechi danno al vicino nella stessa sponda o nell' altra; e ciò per i testi, ove anche è detto, che se il rivo d'acquidotto nuocesse ad un privato, spetta a questi l' azione privata. Così pure dev' essere condotta pel solito sito, perchè l' acqua non dev' essere deviata dal suo corso solito. E però dice Baldo, che in questa condotta di acque non solo si riguarda il principio, ma eziandio i siti donde scorre, e gli alvei, e le vie per le quali passa, e si considera se vi sia un antichissimo corso, e si deve giudicare dell' uso delle acque secondo le loro qualità, per ciò che dissi più sopra. Laonde l' acqua non può esser condotta in modo diverso di quello, in cui lo fu nell'estate trascorsa. Ed il letto solito s' intende esser mutato, quando è mutato il corso dell' acqua, così che questa sia o più bassa o più alta o più rapida con danno dei vicini. Ed intendi procedere ciò che dissi circa il solito corso dell'estate trascorso, purchè non v' entri un grandissimo vantaggio dal conducente, ed un mediocre incomodo dell' altro.

L. Si dice esservi incomodo del vicino, quando taluno avesse alcuna acqua e non potesse usarne comodamente giusta il solito. Diversamente, se vi fosse incomodo o danno del vicino, per esempio, perchè minore sarà il numero di quelli che porteranno il frumento al suo mulino in forza dell' abbondanza d' acqua dell' altro mulino; avvengachè tale danno non si consideri. Così vogliono Bartolo e Baldo. Del pari, se la servitù d' acquidotto è dovuta dal fiume, ed il fiume mutò letto (21*), dura forse la servitù, ed in qual luogo? Vedi ciò che ho detto prima. — Parimenti, chi ha il diritto di condur acqua, può condurla per qualunque parte voglia da principio, giusta la legge fi-

(1) *Ut l. 1. C, de aquaeduct. lib. 10.*
(2) *L. omnes § super his eod. tit.* et ita vult Bart. *in d. l. 1.*
(3) *Ut l. decernimus eod. tit.*
(4) *Ut est text. in l. hoc jure, § si aquam, su-*

(8) *L. 1. § quod autem, ff. de aqua quot. et aesti.*
(9) *L. 1. § quod autem, cum § sequ. ff. ne quid in flum. publ.*
(10) *Ut est casus not. in d. l. 1. § sunt qui pu-*

Digitized by Google

que partem vult ab initio, ut l. fin. ff. de aqua quotid. et aesti. *et dum dicit ibi, faciat, debet subaudiri ab initio, antequam servitus sit constituta : sed postquam locum elegit, non potest amplius* (1), *et per ea quae dicuntur, declarari potest iste articulus.*

LI. *Sed est dubium de quaestione quotidiana, quidam habens fundum in quo fons oritur, et per longissimum tempus, cujus forte non existat memoria in contrarium : et aqua exiens de dicto fundo per se coepit discurrere per partes inferiores, patientibus illis quorum erat fons, eo quia retinere dictam aquam erat forte sibi inutile, et habentes praedia inferiora coeperunt dictam aquam colligere, et ad sua praedia duxerunt pro irrigandis praediis multis annis elapsis : post etiam per tantum tempus quod non existat memoria in contrarium : habentes praedia inferiora fecerunt coadunationem dictae aquae, et ibi factum fuit molendinum, et ibi stetit per longissima tempora, nunc vero habens fundum superiorem, in quo aqua oritur, vult divertere dictas aquas a loco praedicti molendini, et eas ducere ad alia loca inferiora, quae ortae erant pro irrigandis illis locis, vel ibi vult facere unum molendinum pro se, quaeritur nunquid possit, an vero domini inferiores, ad quorum praedia discurrere consueverant, possint contradicere et petere quod aqua non divertatur a suo solito cursu. Et primo videtur quod dominus superior possit, dictam aquam divertere, nec per inferiores possit impediri : Quia in re sua jure id facere videtur*, per text. in l. fluminum § item videamus, D. de dam. infect. *ubi habetur, quod si in domo mea puteum aperio, et venae putei praecisae sunt, id jure meo, et licite facere videor, et non teneor ex hujusmodi facto etiam si tibi promisisse. de damn. infect. Quia non potest aestimari tale damnum tibi dare ex initio operis mei in re mea, in qua meo jure usus sum* (2). *Quia licet in suo facere quod quis vult* (3). *Quoniam in re sua qui-*

nale *ff. de aqua quot. et aest.*, nella quale ov' è detto *faciat*, si deve sottintendere *da principio*, prima che il canale sia formato ; ma dopo che fu scelto il luogo, non può più esser mutato ; e questo è di regola, e mediante le cose che si dicono appresso questo punto può essere dichiarato.

LI. Ma vi è dubbio circa la seguente questione quotidiana. Certuno ha un fondo, nel quale nasce una fontana da lunghissimo tempo, del quale forse non resta memoria in contrario. L' acqua, uscendo dal detto fondo, prese da sè a scorrere per le parti inferiori, con pazienza di quelli a' quali essa spettava, forse perchè il trattenere detta acqua riesciva loro inutile; ed i possessori dei fondi inferiori cominciarono a raccogliere la detta acqua, e la condussero a' loro fondi onde irrigarli per molti anni, anzi per tanto tempo, che non rimane memoria del contrario ; indi fecero un serbatojo di detta acqua, ed ivi costruirono un mulino, che esistette per lunghissimo tempo. Ora poi il possessore del fondo superiore, nel quale nasce l' acqua, vuol divertirla dal sito del mulino e condurla ad altri luoghi inferiori, mentre per natura era destinata ad irrigarli ; oppur ivi vuol fabbricare un mulino per sè. Si dimanda se lo possa ; o se i proprietarii inferiori, pei fondi dei quali l'acqua soleva scorrere, possano opporsegli, e chiedere che l'acqua non sia deviata dal suo corso solito. A prima giunta sembra che il proprietario superiore possa divertire la detta acqua, e che gli inferiori non possano impedirglielo ; perchè pare che ciò faccia di diritto nella cosa sua, e questo in forza della legge *fluminum* § *item ff. de damn. inf.*, ov' è detto, che se apro un pozzo in mia casa, e poscia recido le sue vene, io sembro far ciò lecitamente e di mio diritto, e non sono tenuto per tale fatto, neppure s' io t' ho promesso garanzia pel danno temuto; perchè non può credersi ch' io t' abbia dato tal danno dal principio dell'opera, trattandosi ch' io faccio questo nella cosa mia, della quale uso di mio diritto ; imperocchè a ciascuno è permesso fare ciò che gli aggrada nella cosa

Digitized by Google

de damn. infect. *ubi dicitur, quod si aqua nascitur in meo cuniculo, quae aqua vicino affert utilitatem, licitum est mihi facere in meo quicquid volo ad utilitatem meam, et vicinum dicto lucro privare, dummodo non faciam animo nocendi sibi* (1), *et ita vult gloss. et Bart.* (2). *Tertio hoc videtur probari* (3), *ubi dicitur, si in meo fundo aqua oritur, quae ex fundo tuo venas habet, potes eas venas in tuo excidere, ita ut ad fundum meum aqua non perveniat, nisi servitus mihi debita fuerit, vel nisi animo nocendi feceris, vel ut agrum tuum faceres. Quarto ubicunque quis recipit aquam in fundo suo solitam discurrere ad partes inferiores, et ad utilitatem inferiorum, si postea emerit fundum vicini inferiorem, potest ad ipsum fundum emptum aquam ducere, licet inferiori lucrum auferrat, dummodo superiori non noceat, ut est casus not.* (4). *Nam si aquam quae alibi oritur, postquam est ingressa fundum meum, possum divertere ad utilitatem mei fundi empti, non obstante conditione vicini inferioris* (5), *multo magis potero divertere aquam quae oritur in meo fundo. Quinto, pro hoc facit,* l. sicuti § Arist. si serv. vend. *ubi dicitur, quod in suo alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat. Sexto hoc probatur, nam aqua oritur in fundo meo superiori ibi nascendo, et dicitur mei domini illius fundi* (6). *Et pro hac parte reperio ita fuisse consultum per dom. Rofred. de Campagna, et dom. Christo. de Castellione* (7). *In contrarium videtur quod imo dominus in cujus fundo superiori oritur aqua, non possit divertere, ne discurrat ad fundum inferiorem primo:* per text. in l. hoc jure, § ductus aquae, D. de aqua quotid. et aesti. *ubi videtur esse casus ad litteram pro ista parte, nam ibi text. dicit, quod aquaeductus cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur.*

LII. *Secundo ad idem,* l. 1. in fin. ff. de aqua

de damn. inf., ove è detto, che se l' acqua nasce nel mio condotto sotterraneo, e reca vantaggio al vicino, mi è lecito fare nel mio ciò che mi piace per la mia propria utilità, e privare il vicino del detto lucro, purchè nol faccia con animo di nuocergli. Così vogliono la glossa e Bartolo. In terzo luogo ciò sembra provato da altri testi, ove è detto: se l' acqua nasce nel mio fondo ed ha le vene nel tuo, puoi toglier queste nel tuo così, che l'acqua non giunga più al mio fondo, tranne il caso che mi fosse dovuta servitù, o che il facessi con intenzione di nuocermi, o di far tuo il fondo. In quarto luogo, ogniqualvolta alcuno riceva nel fondo suo l' acqua ch' è solita a scorrere a' luoghi inferiori, e per loro vantaggio, se poscia ha comperato il fondo inferiore del vicino, può condur l' acqua al fondo comperato, benchè tolga lucro agli altri luoghi inferiori, purchè non nuoccia a' superiori. Imperciocchè se io posso divertire a vantaggio del mio fondo comperato l' acqua che nasce altrove, dopo che è entrata nel detto mio fondo, non ostante la condizione del vicino inferiore; a molto maggiore ragione potrò divertire l' acqua, che nasce nel mio fondo. In quinto luogo serve di sostegno la legge *sicuti* § *Aristo ff. si serv. vind.*, ov' è detto, che a ciascuno è lecito operare nel proprio in tanto, in quanto non immetta nell'altrui. In sesto luogo ciò è provato, perchè l' acqua nasce nel mio fondo superiore, e si dice spettare a me padrone di quel fondo. Ed in questa parte ritrovo così avere risposto Roffredo da Campagna e Cristo da Castiglione. All'opposto, sembra che anzi il padrone, nel cui fondo superiore nasce l'acqua, non possa deviarla così, che non corra al fondo inferiore, primamente per la legge *hoc jure* § *ductus ff. de aq. quot. et aest.*, ove sembra esservi un caso alla lettera in proposito, imperocchè dice che l' acquidotto, del quale è perduta l'origine, si ha in luogo di costituito giuridicamente.

LII. Secondamente, per la legge 1. *in fin.*

Digitized by Google

scitur, tacite lucri sit ab eo qui ducit. Quarto hoc probatur, quia regulariter aqua non debet diverti a suo cursu (1). *Quinto probatur sic: tempus cujus non existat memoria, habet vim tituli, vel privilegii* (2), *et habet vim serv. jure concessae* (3). *Sed si fuisset constituta servitus per dominum fundi superioris, vel facta venditio, vel privilegium de illo jure aquae ducendae, non posset illum cursum aquae divertere in praejudicium inferioris, cui esset facta concessio* (4). *Sexto probatur* (5). *Ultimo pro hoc videtur esset text. ad litteram* in l. si quis diuturno, ff. si serv. vend. *Et pro hac parte reperio plures consuluisse. Ego vero in hac qu. pro veritate et omnium concord. ita puto esse distinguendum: Aut dominus qui vult divertere aquam, ne discurrat ad loca inferiora, hoc facit animo nocendi dominis inferioribus, et nullo modo potest* (6), *singulariter vult, quod in dubio non praesumitur quis fecisse animo nocendi* (7), *et itidem de fenestra* (8). *Aut non fecit animo nocendi, sed pro sua utilitate: et tunc subdistinguendum. Aut in praedictis non est statutum, sed generalis consuetudo in loco circa praedicta, vel conventio aliqua inter partes: tum standum est consuetudini vel conventioni* (9).

LIII. *Et adde quod ille qui permittit sola patientia, nec per alia verba constituit servitutem, non videbitur serv. constituere, sed se personaliter obligare* (10), *secundum Bald.* (11). *Aut est sententia lata inter partes vel alios, et dic ut dixi supra in versic. sed dubium circa praedicta. Aut non est statutum, consuetudo generalis, conventio, vel sententia: et iterum subdistingue: aut aqua illa discurrit ad fundos inferiores jure servitutis, aut*

(1) *L. 2. in fin. C. ad l. Aquil. et l. praeses et l. si manifeste, C. de serv.* Et not. Bald. *in d. l. 2. et in l. item lapilli, ff. de rer. div. et dixi supra in princip. hujus quaest. princip.*

equa che nasce nel rivo, tacitamente diventa lucro di chi conduce. Quarto, perchè di regola non dev' essere deviata dal suo solito corso. Quinto, lo si prova in questo modo: il tempo del quale non esiste memoria, ha forza di titolo o di privilegio, ed ha valore di servitù concessa giuridicamente. Ma se la servitù fosse costituita dal padrone del fondo superiore, o fosse fatta la vendita o dato il privilegio del diritto di condur acqua, non potrebbe quel corso d' acqua esser deviato in pregiudizio del padrone inferiore, cui fosse stata fatta la concessione. Sesto, è provato da altro testo. Infine sembra esistere in proposito un testo alla lettera nella legge *si quis ff. si serv. vind.* Ed in questa sentenza trovo esser molti d'accordo nei loro responsi. Io poi in tale questione stimo doversi così distinguere per amore di verità, e per concordanza delle discrepanti opinioni. Od il proprietario che vuol divertir l'acqua, affinchè non discenda a' luoghi inferiori, lo fa con animo di nuocere a' padroni inferiori, e nol può in alcun modo, benchè la glossa voglia singolarmente, che nel dubbio non si presuma che alcuno abbia operato con animo di nuocere. O non lo fece con tale animo, ma per suo vantaggio: ed allora si deve suddistinguere: O non esiste statuto per le predette cose, ma bensì una generale consuetudine nel luogo, oppure alcuna convenzione fra le parti; ed allora si deve stare alla consuetudine od alla convenzione.

LIII. Ed arroge, che quegli che permette colla sola pazienza, nè con altre parole costituisce la servitù, non sembra costituirla, ma obbligarsi personalmente, secondo Baldo. O fu pronunciata sentenza fra le parti od altri, e di' come sopra. O non esiste statuto, consuetudine generale, convenzione o sentenza, ed allora nuovamente suddistingui: O quell' acqua corre a' fondi inferiori per diritto di servitù, o per diritto

(7) *L. merito, ff. pro socio, circa quod vide quae dixi supra in 1. libr. de solo sive area, versicul. sed dubium an praesumatur facere ad aemulationem.*

Digitized by Google

jure cujusdam facultatis. Primo casu quando jure servitutis sine dubio dominus superior in cujus fundo oritur, alio non potest aquam divertere, et si divertat, potest inferior agere contra eum (1). *Et intellige nedum de servitute acquisita, sed etiam quando quis esset in quasi possessione* (22*) *servit aquae ducendae, quando eo anno usus est dicta servitute aquae ducendae* (2), *et sufficit eo anno uno die vel nocte duxisse, ad hoc, ut dicatur esse in quasi possessione* (3). *Nam ille qui semel possedit, cum de suo commodo tractatur, si asserit se possidere, praesumitur possidere, nisi probetur contrarium* (4), *et sufficit ista quasi possessio ad hoc, ut si impediatur, possit agere contra eum et resistere etiam de facto: ut eleganter declarat Bart.* (5). *Secundo casu quando ducitur aqua jure* (23*) *facultatis, et non servitutis, et tunc est licitum superiori divertere, nec inferior potest agere, neque fidei resistere* (6), *et ibi ita debent adduci omnia argumenta supra pro prima parte deducta.*

LIV. *Sed dubitatio remanet circa praedicta, quando quis dicatur duxisse aquam jure servitutis vel jure simplicis facultatis. Et in hoc tota vis materiae hujus consistit, circa quod dic: Aut servitus est imposita ab homine ex conventione vel aliquo titul. inter vivos, vel per testamentum, aut codicillos, vel aliam ultimam voluntatem, per sententiam; vel est imposita servitus a lege, puta a statuto, ut inferior possit aquam ducere ad fundum suum inferiorem: et clarum est, quod tunc jure servitute dicitur aquam duxisse: et superior non potest aquam divertere contra debitam servitutem* (7), *et per alia jura supra ad hoc allegata. Aut non est servitus imposita ab homine, vel a lege: et tunc aut est praescripta servitus aquaeductus, et idem eadem ratione* (8).

LV. *Sed in hoc est etiam dubium,*

di certa facoltà. Nel primo caso, quando per diritto di servitù, il superiore proprietario nel cui fondo nasce l'acqua, non può senza dubbio divertirla, e se la diverte, l' inferiore può agire contro di lui. Ed intendi ciò non solo rispetto alla servitù acquistata, ma eziandio quando alcuno fosse nel quasi possesso (22*) della servitù di condur acqua, o quando in quell'anno avesse usato della detta servitù di condur acqua. E basta che in quell'anno abbia condotto un giorno od una notte, per ciò che si dica essere quasi in possesso. Conciossiachè quegli che possedette una volta, trattandosi del suo vantaggio, se asserisce di possedere, si presume che posseda, qualora non sia provato il contrario. E basta questo quasi-possesso per ciò, che se viene impedito, possa agire contro l' impediente e resistere anche di fatto, come Bartolo spiega elegantemente. Nel secondo caso, quando l' acqua si conduce per diritto (23*) di facoltà e non di servitù, ed allora è lecito al proprietario superiore di divertir l'acqua, nè l'inferiore può agire, nè fare resistenza; e qui devono aggiungersi tutti gli argomenti addotti a sostegno della prima opinione.

LIV. Ma intorno le suesposte cose rimane un dubbio; quando, cioè, si dica alcuno aver condotto acqua per diritto di servitù, o per diritto di semplice facoltà? In ciò consiste tutta la forza di questa materia; ed intorno a ciò rispondi. O la servitù viene imposta dall'uomo, o per convenzione, o per alcun titolo fra' vivi, o per testamento, o per codicilli, o per ultima volontà; o la servitù è imposta dalla legge, verbigrazia, dallo statuto, affinchè il proprietario inferiore possa condur acqua al suo fondo inferiore; ed allora è manifesto, che si dice aver condotto per diritto di servitù, ed il superiore non può deviare l'acqua contro la servitù dovuta. O non è servitù imposta dall' uomo o dalla legge: ed allora, o la servitù d' acquidotto è prescritta, ed avviene lo stesso per la stessa ragione.

LV. Ma rispetto a ciò sorge il dubbio;

(1) *Ut est casus in l. si quis diuturno, ff. si serv. vend.*

(2) *Ut l. 1. § illud tamen, et § quod autem, ff. de aqua quot. et aesti.*

na, in versic. trium episcoporum, et ibi per Dd. extra de causa poss. et propriet. et per gloss. 3. in cap. cum ad sedem, extra, de restitut. spol.

(6) *Ut est casus in l. Proculus, ff. de damn.*

Digitized by Google

quando dicatur servitus aquaeductus praescripta, videlicet quanto tempore: et quae, et quot requirantur ad istam praescriptionem in ducendam? Dicas breviter de tempore: aut loquimur de aqua quae ducitur ex publico, aut ex privato. Si ex publico, requiritur tantum tempus, cujus non extet memoria in contrarium (1). *Aut ducitur ex privato: et tunc quia regulariter habet causam continuam, praescribitur 10 annis inter praesentes, et 20 inter absentes* (2), *ubi de hoc omnino vide. Quot autem et quae requirantur ad istam praescriptionem inducendam dic plura: Primum est, quod sine possessione vel quasi, non praescribitur* (3), *et sic requiritur quod non sit usus jure familiaritatis vel simplicis facultatis* (4).

LVI. *Et quod quis fuerit usus jure servitutis, comprehendi potest ex actibus quos facit, quos quis per se ipsum non posset facere in fundo vicini citra jus et nomen servitutis, ut praecidere sepem, mundare vel mundari facere fossaturam in fundo vicini, vel ducere aquam per fundum vicini, quae fieri non possunt regulariter, nisi jure servitutis* (5). *Secundum requiritur, quod sit usus illa quasi possessione bona fide: credens illam servitutem sibi competere* (6). *Tertium requiritur, scilicet tempus 10 annis inter praesentes, et 20 inter absentes, in servitutibus habentibus causam continuam, sicut est servitus aquaeductus regulariter. In habentibus vero causam discontinuam, requiritur tantum tempus, quod non extet memoria in contrarium, nisi allegetur titulus: quia tunc sufficit probatio 10 vel 20 anno.* (7). *Item quando ducitur aqua ex publico, requiritur tantum tempus;*

quando la servitù d' acquidotto si dica prescritta, cioè in quanto tempo; e quali e quante cose si richieggano per indurre questa prescrizione. Risponderai brevemente circa il tempo: o si parla di acqua che si conduce dal pubblico, o dal privato. Se dal pubblico, si richiede tanto tempo, del quale non resti memoria in contrario. Se dal privato, ed allora, perchè di regola ha una causa continua, si prescrive in 10 anni fra presenti, ed in 20 fra assenti. Quante e quali cose poi si richieggono ad indurre questa prescrizione? Rispondi: parecchie. Prima è, che senza possesso o quasi non si prescrive, e per conseguente è necessario non aver usato per diritto di famigliarità o di semplice facoltà.

LVI. E che alcuno abbia usato per diritto di servitù, lo si può dedurre dagli atti che fa, i quali per sè stessi non può fare nel fondo del vicino senza il diritto ed il nome di servitù, come tagliare una siepe, purgare o far purgare il fossato nel fondo del vicino, o condur acqua pel fondo del medesimo, le quali cose far non si possono di regola se non per diritto di servitù. In secondo luogo è necessario che abbia usato del quasi-possesso in buona fede, credendo che quella servitù gli competesse. In terzo luogo si richiede il tempo di 10 anni fra presenti, e di 20 fra assenti nelle servitù che hanno causa continua, com'è di regola quella di acquidotto. In quelle poi, che hanno causa discontinua, è necessario tanto tempo di cui rimanga memoria in contrario, se non si allega il titolo; perchè allora basta la prova dei 10 o dei 20 anni. Così pure, quando l'acqua si conduce dal pubblico, si richiede tanto tem-

(1) *Ut l. 1. in fin. D. de aqua pluv. arcend. et l. hoc jure, § ductus aquae, ff. de aqua quotid. et aestiv.*

(2) *L. si quis diuturno, praeallegata, et not. in l. servitutes, D. de serv.* de quo dic, *ut dixi supra in 5. quaest. principali, et plenius in primo lib. in 7. quaest. principali.*

(3) *L. sine possessione, de regulis jur. in 6. et not. per gloss. Bald. et Dd. in l. 2. Cod. de servitut. et aqu.*

l. cum quidam. § quod dicitur ff. de acquir. haered. et d. l. quoties, et not. in locis praeallegatis, et per unum actum ducenda quam acquiritur ista possessio, ut dixi supra in titul. de servitut. itiner. vers. ultim. principaliter quaero, quid requiratur ad hoc, ut quis sit in quasi possessione servitutis, dic ut ibi dixi.

(6) *Ut d. l. 2. et ibi not. in l. final. ff. quemadmodum serv. amitt.*

(7) *Ut est gloss. nota, multum in l. servitutes*

Digitized by Google

quod non extet memoria in contrarium, ut dixi supra in versic. dic breviter de tempore. Nec in praescribendo hujusmodi servitutem, requiritur de necessitate titulus (1), *et quando dicatur habere causam continuam, vel discontinuam* (2). *Et praedictis adde omnia quae dixi supra* (3), *si vero non est servitus praescripta, tunc dic, aut habens fundum inferiorem in quasi possessione servitutis aquae ducendae, ac fundum suum, est, et habens fundum superiorem vel alius, non potest aquam divertere a cursu suo, nec potest inferior impediri vel turbari quominus ducat aquam ad fundum suum, sicut prius duxit, etiam pendente judicio de aquaeductu, donec declaretur an possit aqua diverti* (4), *et si ille qui est in quasi possessione, turbatur ab aliquo, potest extra judicialiter de facto resistere* (5), *et ibi hoc tenet Barthol. Sed si habens fundum inferiorem non est in quasi possessione servitutis, neque eam praescripsit, neque servitus est imposita a lege vel ab homine: tunc dicendum est, habentes fundum superiorem posse aquam divertere: quia tunc aqua non videtur discurrisse jure servitutis, sed potius jure cujusdam facultatis* (6).

LVII. *Dubium in hoc solum remanet, quando dicatur aqua discurrisse jure facultatis tantum, et non servitutis. Et in hoc dic, quod aqua dicitur, vel ductus aquae competere jure facultatis, quando aquam per se ipsam fluit seu discurrit, nec intervenit aliquis hominis usus vel factum, puta quia per venas subterraneas aqua de fundo superiori discurrit ad fundum meum inferiorem: nam hoc casu etiam si discurrisset per mille annos, non diceretur mihi seu fundo meo acquisita aliqua servitus: quia aqua per se fluens* (24*) *non potest inducere praescriptionem vel consuetudinem, cum in praescriptione vel consuetudine requiratur, quod interveniat aliquis actus hominis quo principiato sufficiat aquam fluere* (6), *ut eleganter*

(1) *Ut l. si quis diuturno, et ibi not. ff. si ser-*

po, di cui non resti memoria in contrario, come dissi innanzi. Nè per prescrivere tale servitù è necessario il titolo. Alle quali cose aggiungi quello, che ho detto più sopra. Se poi la servitù non è prescritta, allora dì così: O chi ha il fondo inferiore è in quasi possesso delle servitù di condur acqua al fondo suo, ed allora nè chi ha il fondo superiore, ned altri può divertir l'acqua dal suo corso, nè l'inferiore può essere impedito o turbato nel condur acqua al suo fondo, come la condusse prima, anche pendente il giudizio dell'acquidotto, finchè sia pronunciato se l'acqua possa essere deviata. E se quegli ch'è in quasi-possesso, è turbato da alcuno, può stragiudizialmente opporsi di fatto; ciò che pensa anche Bartolo. Ma se chi ha il fondo inferiore non è in quasi-possesso della servitù, nè la prescrisse, nè la servitù è imposta dalla legge o dall'uomo, allora deve dirsi, che chi ha il fondo superiore può divertir l'acqua, perchè allora l'acqua non sembra aver corso per diritto di servitù, ma piuttosto per diritto di certa facoltà.

LVII. Rimane un solo dubbio intorno a ciò, vale a dire, quando si dica l'acqua aver corso per diritto di facoltà soltanto, non già di servitù. Ed in questo proposito di', che l'acqua o la condotta dell'acqua si dice competere per diritto di facoltà, quando essa fluisce o scorre per sè stessa, ned interviene alcun uso dell'uomo od alcun fatto, per esempio, perchè mediante vene sotterranee l'acqua scorre dal fondo superiore al mio fondo inferiore, imperocchè in questo caso, ancorchè scorresse per mille anni, non si direbbe mai ch'io od il mio fondo avesse acquistata alcuna servitù. Conciossiachè l'acqua scorrente (24*) di per sè non possa indurre la prescrizione o la consuetudine, mentre in queste è necessario che intervenga qualche atto dell'uomo, principiato il quale basta che l'acqua scorra, come

(5) *Ut est gloss. not. in d. § hoc interdicto.*

Digitized by Google

dicit Bald. (1), *et hoc casu, quando aqua per se semper fluit, puta per venas subterraneas, ille ad quem aqua fluit, dicitur lucrum capere, et iste est casus* (2), *quae ita debent intelligi, et ita consului anno praeterito in civitate Brixiae. Est et alia ratio per quam non potest dici, quod in casu dictarum legum possit induci praescriptio vel consuetudo per aliquem cursum temporis, etiam si esset tantum tempus, cujus initii memoria non existat in contrarium. Nam si quis habet fontem in fundo suo, et aqua per venas subterraneas discurrit ad fundum meum, in quo habeo puteum, quo puteo usus sum longissimo tempore etiam per mille annos, tamen non possum dicere me praescripsisse vel ex consuetudine praescripta acquisivisse illam aquam, quia ad hoc quod praescribatur hujusmodi servitus, requiritur scientia et patientia adversarii* (3).

LVIII. *Et est ratio, quia in istis incorporalibus non est dare possessionem* (4), *et ista quasi possessio consistit in scientia et patientia adversarii* (5), *et ideo quia istae venae subterraneae communiter sunt occultae, et incognitae antequam fodiat vel eas praecidat habens fundum superiorem non possum dicere ipso sciente et patiente me usum fuisse aqua putei mei, et sic contra ipsum praescripsisse, et propterea potest ipsas incidere. Teneas tamen, si ista etiam non subessent, puta quia forte dominus fundi superioris sciebat per venas subterraneas, vel etiam super terram aquam ad fundum meum discurrere, posset aquam ducere, et venas incidere, ex quo subest alia ratio, de qua supra videre licet, quia sine facto hominis labitur aqua ad fundum meum, et sic jure tantum facultatis et non servitutis, ut dictum est. Et praedicta intellige vera, nisi habens fundum superiorem haberet a domino fundi inferioris, ad quem aqua discurrit, puta quia dominus utriusque fundi concessit mihi in feudum fundum*

dice Baldo elegantemente. Ed in questo caso, quando l' acqua va sempre di per sè, esempigrazia, mediante vene sotterranee, quegli al quale l'acqua fluisce, si dice conseguir lucro, e sì fatto caso è riguardato dai testi, i quali così devono essere intesi; ed in questo modo ho consigliato l' anno scorso nella città di Brescia. Vi è poi un' altra ragione, per la quale non si può dire che nel caso riguardato dai detti testi possa venir indotta la prescrizione e la consuetudine per qualche corso di tempo, ancorchè fosse tale, del cui principio non esistesse memoria in contrario. Avvegnadiochè, sebbene alcuno abbia una fontana nel suo fondo, e l' acqua mediante vene sotterranee scorra al fondo mio, nel quale ho un pozzo, di cui ho usato per tempo lunghissimo, anche per mille anni, tuttavolta non posso dire di averlo prescritto, o per consuetudine prescritta di aver acquistato quell' acqua, perchè a tale uopo occorrono la scienza e pazienza dell' avversario.

LVIII. E la ragione si è questa: che in queste cose incorporali non entra la dazioze del possesso; ed il detto quasi-possesso sta nella scienza e pazienza dell' avversario. Laonde, poichè quelle vene sotterranee per ordinario sono occulte ed ignote prima che chi ha il fondo superiore le cavi o recida, non posso dire ch' io con scienza e pazienza di lui abbia usato dell'acqua del mio pozzo, e per conseguente abbia prescritto contro lui stesso; perciò egli può tagliare le vene sopradette. Nondimeno tieni per certo, se ciò non fosse, per esempio, perchè il padrone del fondo superiore sapeva che l' acqua mediante vene sotterranee, oppur anche sopra terra, scorreva al mio fondo, ei potrebbe condur l'acqua e tagliare le vene, pel motivo che resta un' altra ragione, circa la quale puoi vedere più sopra; che, cioè, l' acqua senza alcun fatto dell' uomo fluisce al mio fondo, e così per diritto di facoltà solamente, non già di servitù, come fu detto. E le predette cose intendi esser vere, purchè quegli che tiene il fondo superiore non avesse causa dal proprietario dell'inferiore, al quale l'acqua discorre, verbigrazia, perchè il padrone d' ambi i fondi mi concesse

Digitized by Google

superiorem, in quo aqua oritur, quae discurrit ad fundum inferiorem concedentis, quae est inferior; quia non est verisimile dominum ita concessisse, ut eleganter not. Bald. (1). *Item praedicta intellige vera, quando aqua percipitur ex loco publico: quia tunc non posset aquam divertere in ejus praejudicium sive damnum* (2). *Et ex praedictis sequitur decisio multarum quaestionum, et primo quaestionis supra formatae, in versicul. ultim. Sed est dubium de quaestion. quotidiana, videlicet si aqua oritur in fundo superiori, et postea discurrit ad fundos inferiores, et domini inferiores usi sunt dicta aqua pro irrigandis fundis suis, vel fecerunt coadunationem aquae in fundo inferiori, in quo fecerunt molendinum sciente et patiente domino fundi, in quo aqua oritur, an dominus superior possit aquam divertere, ut non discurrat ad fundum inferiorem, in qua ita concludo: Aut habens fundum inferiorem aliquid fecit in fundo superiori, in quo aqua oritur, puta per fossatum aquam duxit: vel si mundasset fossata in fundo superiore sciente et patiente domino, et tunc per istos actus vel similes videretur duci aqua jure servitutis, potius quam jure familiaritatis, cum ista non possint in fundo alieno fieri citra jus et nomen servitutis* (3). *Et ideo dicendum, quod si est dominus inferior, in hujusmodi quasi possessione non potest de facto impediri vel aqua diverti: et si fuit in ista quasi possessione per longum tempus, etiam de jure non posset diverti, si non intervenerunt ea quae ad praescribendam talem servitutem requiruntur, secundum ea quae dicta sunt supra. Aut habens fundum inferiorem, nihil facit in fundo superiore vicini, puta quia per venas subterraneas aqua labitur, vel quia vicinus utebatur aqua in fundo suo, et per ipsum discurrebat, et postremo aqua exiens per se per fundum superiorem discurrebat ad inferiorem, et cum fiat potius jure familiaritatis, poterit dominus superior impune aquam diverte-*

in feudo il fondo superiore, nel quale l'acqua nasce, e donde scende all' inferiore dell' infeudante; essendochè non sia verisimile, che il signore abbia fatta tale concessione, come elegantemente nota Baldo. Parimenti intendi le predette cose esser vere, quando l'acqua si trae da luogo pubblico, perchè allora non potrebbe divertirla in di lui danno o pregiudizio. Dalle predette cose poi consegue la decisione di molte questioni, ed anzitutto di quella che fu esposta innanzi nell'ultimo versetto. Ma vi ha dubbio circa una questione quotidiana, ch'è la seguente. Se l'acqua nasce nel fondo superiore, e poscia scorre ai fondi inferiori, ed i padroni di questi usarono di detta acqua per irrigare gli stessi, o formarono un serbatojo d' acqua in un fondo inferiore, nel quale poi costruirono un mulino con scienza e pazienza del padrone del fondo, in cui nasce l'acqua, si dimanda se questi possa deviare l'acqua in guisa, che non discenda al fondo inferiore. Circa la quale questione così conchiudo: O chi ha il fondo inferiore fece qualche cosa nel fondo superiore, nel quale nasce l'acqua, per esempio, condusse l' acqua per un fossato, oppure purgò i fossi nel fondo superiore con scienza e pazienza del suo padrone, ed allora in forza di detti atti o di simili l' acqua sembrerebbe condotta per diritto di servitù piuttostochè di famigliarità, avvengachè tali cose non si possano fare nel fondo altrui senza diritto e nome di servitù. E però è da dirsi, che se il padrone inferiore è in un simile quasi-possesso, l' acqua non può essere impedita o deviata di fatto; e se fu lungo tempo in tale quasi-possesso, neppure giuridicamente potrebbe divertirsi, qualora non intervenissero più requisiti, che sono necessarii a prescrivere sì fatta servitù, secondo ciò ch' abbiam detto. O chi ha il fondo inferiore nulla fa nel superiore del vicino, per esempio, perchè l' acqua scorre per vene sotterranee, o perchè il vicino usava di quell'acqua nel suo fondo ed essa per quello fluiva, o perchè finalmente l'acqua uscendo da sè dal fondo superiore, scorreva all' inferiore;

Digitized by Google

re: et idem teneo quando aqua exiens de fundo primo per se sine facto hominis, discurrit ad loca privata, eadem ratione quod probatur (1), *quae jura licet loquantur de aqua subterranea, tamen idem est de aqua supra terram, quando discurrit sine facto hominis, et nulla servitus debetur, quia paria sunt jura supra terram et subtus terram* (2). *Sed si facto hominis ducitur aqua prius per viam vel locum publicum, puta quia ducta est per fossatum vel per fistulas, aut canale usque ad fundum privatum, per longum tempus, vel per tantum tempus, cujus initii memoria non existit, an tunc ducens aquam dicetur esse in quasi possessione servitutis, vel praescripsisse ita, ut non possit impediri aquam ducere? Et videtur quod sic, per ea quae dixi supra in versicul. quot autem, et quae requirantur. Sed tu dicas, quod aut quaeritur respectu loci publici vel communis, aut privati proximi, aut primi domini superioris, in quo aqua oritur. Primo et secundo loco, non est dubium quod inferiores sunt in quasi possessione vel praescripserunt, si intervenerunt ea quae requiruntur in hujusmodi praescriptione.*

LIX. *Et advertas quia est differentia quantum ad tempus inter locum publicum et privatum: quia respectu loci privati sufficit longum tempus, quo ad praescribendum servitutem contra privata respectu loci privati* (3). *Sed respectu loci publici requiritur usus tanto tempore, quod non extet memoria in contrarium, ut dixi supra* (4), *quia regulariter per locum publicum non potest aqua duci, nisi concedatur a principe vel legi municipali* (5), *vel nisi sit inducta aqua per tantum tempus, cujus memoria non extet* (6), *et ita intelligo* l. antep. *quae incipit, super publicis locis, ff. ne quid in loc. publ. in quantum loquitur in privato ducente aquam per locum publ. secundum intellectum gloss. ibi in vers. annexa. Et quod requiratur tantum tempus, quod non extet me-*

Egualmente stimo che avvenga, quando l' acqua, uscendo prima dal fondo naturalmente senza fatto dell'uomo, discorre poscia ai luoghi privati, e ciò per la medesima ragione, provandolo i testi, i quali sebbene parlino dell' acqua sotterranea, nondimeno si devono applicare anche all'acqua sopra terra, quando corre senza fatto dell' uomo, e nessuna servitù è dovuta, essendochè pari sono i diritti sopra terra e sotto terra. Ma se per fatto dell' uomo l' acqua è condotta primamente per una strada o luogo pubblico, esempigrazia, perchè è condotta mediante un fossato od una doccia o canale sino al fondo privato per lungo tempo, oppure per tanto del cui principio non esiste memoria, in tale caso chi conduce l' acqua si dirà forse ch' è in quasi-possesso della servitù, o che ha prescritto in guisa da non poter essere impedito nella condotta dell' acqua? Sembra che sì, per ciò che ho detto prima. Ma tu dirai, che, o si dimanda questo rispetto al luogo pubblico od al comune, od al privato del vicino, o del primo proprietario superiore, nel cui fondo l'acqua nasce. Nel primo e secondo caso non v' ha dubbio, che gl' inferiori sono in quasi-possesso o prescrissero, se sono intervenuti i requisiti necessari per simile prescrizione.

LIX. Ed avverti, che fra il luogo pubblico ed il privato vi è differenza quanto al tempo; imperocchè rispetto al luogo privato basta il lungo tempo per prescrivere la servitù contro i privati. Ma rispetto al luogo pubblico è necessario l' uso di tanto tempo, di cui non resti memoria in contrario, come dissi più sopra; perchè di regola l' acqua non può esser condotta pel luogo pubblico, se non vi ha concessione del principe o di una legge municipale, oppure se l' acqua non sia condotta per tanto tempo, di cui non rimanga memoria. E così intendo la legge antipenultima *ff. ne quid in loc. pub.*, in quanto parla del privato che conduce l' acqua per luogo pubblico, secondo l' interpretazione della Glossa. E che sia necessario tanto tempo, di cui non resti memoria in

(1) *In l. Proculus, et l. fluminum, § fin. ff. de damn. infect. et in l. si in meo, D. de aqua pluv.*

(4) In versic. dicas breviter de tempore, et probatur *in l. hoc jure. § ductus aquae. ff. de aqua*

Digitized by Google

moria in contrarium, ut privatus possit praescribere locum public. (1), *ubi dicit, quod licet quis non possit praescribere jus habenti molendinum in flumine public. quia jura publica populorum non possunt praescribi* (2), *tamen possunt praescribi per tantum tempus, cujus non extet memoria, quia habet vim privilegii* (3). *Et hoc tempore dicit posse praescribi jus habendi molendinum in flumine publ. imo plus dicit, quod* 30 *anni sufficiunt, secundum Joan.* ut not. per gloss. Institut. (4). *Sed ita gloss. non probat hoc, quia non loquitur de praescribendo jure publico, in quo erat licitum unicuique, ex quo jus piscandi* (25*) *est commune omnibus* (5), *loquitur ergo illa gloss. de praescribendo contra privatum, qui simpliciter habeat prius jus piscandi, et tunc bene sufficiunt* 30 *vel* 40 *anni, et ita intelliga illam gloss. et pro hoc est text. cum gloss.* (6), *et hoc procedit, quando fuit in quasi possessione juris piscandi, alias non sufficeret, quod piscatus fuisset* 30 *vel* 40 *anno. ut not. Angel.* (7). *Nec obstat praedictis* l. fin. C. de Sacrosanct. Eccles. cum authen. ibi posita (8), *quia loquitur quando tractatur de praescribendo rem privatam, quae spectat ad civitatem vel locum publicum. Et ex praedictis distinguendo ita concludas. Aut quaeritur de praescribendo locum publicum, puta de ducendo aquam per viam publicam, et requiritur tantum tempus, quod non extet memoria in contrarium* (9). *Aut de praescribendo jus publicum contra privatum, puta quod quis possit solus piscari in flumine publ. et sufficiunt* 30 *vel* 40 *anni, si fuit in quasi possessione piscandi* (10). *Aut de praescribenda re privata contra remp. et regulariter sufficiunt* 40 *anni* (11). *Aut tractatur de praescribendo jure privato contra privatum puta servitutem, et tunc aut habet causam continuam vel quasi, et sufficit longum tempus* 30 *vel* 40 *anno* (12), *aut*

contrario, affinchè il privato possa prescrivere il luogo pubblico, lo affermano la Glossa stessa e Baldo, il quale dice, che sebbene nessuno possa prescrivere il diritto di chi tiene un mulino sul pubblico fiume, per la ragione che i diritti pubblici de' popoli non possono prescriversi, tuttavolta si possono prescrivere per tanto tempo di cui non resti memoria, perchè questo ha la forza di un privilegio. Ed in questo tempo ei dice che può esser prescritto il diritto di avere un mulino sul fiume pubblico; anzi dice di più, che bastano 30 anni, come nota la Glossa nelle Istituzioni. Ma quella Glossa non prova ciò, perchè non parla del diritto pubblico da prescriversi, circa il quale era lecito a chiunque il farlo, avvegnachè il diritto di pescare (25*) sia comune a tutti; bensì parla del diritto da prescriversi contro il privato, il quale semplicemente ha il diritto di pescare, ed allora sono ben sufficienti 30 o 40 anni. Così intendo quella glossa, e questa opinione è sostenuta da' testi, e procede quando alcuno sia stato nei quasi-possesso del diritto di pescare; altrimenti non basterebbe che avesse pescato per 30 o 40 anni, come Angelo osserva. Nè forma ostacolo alle predette cose la legge finale *Cod. de Sacr. Eccl.* colla *autentica* ivi posta, perchè parla del caso in cui si tratta di prescrivere la cosa privata, la quale appartiene alla città o luogo pubblico. E per le dette cose distinguendo così concluderai. O si tratta di prescrivere un luogo pubblico, esempigrazia, di condur acqua per la strada pubblica, e si richiede tanto tempo, di cui non rimanga memoria in contrario. O di prescrivere un diritto pubblico contro un privato, per esempio, che taluno possa pescar solo nel fiume pubblico, e bastano 30 o 40 anni, se fu in quasi-possesso del diritto di pescare. O di prescrivere la cosa privata contro la pubblica, e di regola bastano 40 anni. O si tratta di prescrivere un diritto privato contro un privato, per esempio, una servitù, ed allora o

Digitized by Google

quaeritur de praescribendo respectu primi domini superioris, in cujus fundo aqua oritur, et teneo, quod nullum jus sit quaesitum contra ipsum per dominum inferiorem: quia quantum ad dominum superiorem fundi, in quo aqua oritur, non potest dici quod fuerit aut sit aliqua quasi possessio servitutis, si in fundo suo superiori nihil actum est, sed ipse dominus superior utebatur aqua per fundum suum sine facto domini inferioris, ut patet ex his quae dicta sunt.

LX. *Secunda quaest. ex praedictis deciditur, quidam duxit aquam per fistulas vel canalia lignea, vel habebat jus claudendi clavicam certis horis, ne aqua laberetur ad fundum vicini, sed ut duceretur ad fundum suum: et ex istis fistulis vel canalibus vel clavica clausa fluere consuevit certa pars aquae per foramina; vel quia clavica claudebatur cum stramine vel sterquilinio aut terra, ex qua aliquantulus stillare consuevit: quae aqua discurrit per loca inferiora, et collecta fuit per dominos inferiores longissimo tempore pro irrigandis praediis suis, vel pro haustu aquae, vel alio usu: dominus superior qui habet jus aquae ducendae, vult ita claudere aquam, ut nihil penitus discurrat ad loca inferiora: domini inferiores volunt ut discurrat illa modica aqua sicut discurrere consuevit. Et videtur quod claudere non possit: quia aqua non potest diverti a suo solito cursu* (1), *et de hoc videtur esse casus in terminis* in l. 1. § fin. ff. de rivis. *In contrarium videtur, quia dicta aqua non discurrit ad fundum inferiorem jure servitutis, sed jure familiaritatis, ex quo dominus inferior nihil fecit in fundo superiori, sed ipsa aqua, quia commode retineri non potuit, discurrit de se ad loca inferiora: et quod possit eam superior totam continere, et sibi conservare, videtur esse text. ad litteram* in l. 3. in princ. et § 1. ff. de rivis, *ubi in princip. haec verba scribuntur.* Nam si operis aliquid faciat quis, ut magis aquam conservet vel contineat, non impune potest prohiberi. *Deinde* in § 1. dicitur, Servius et Labeo scribunt si quis rivum, qui ab initio terrenus fuit, quia aquam non conti-

(1) *L. 2. C. ad l. Aquil. et l. praeses. et l. si manifeste, cum ibi not. C. de servitut.*

terzo caso, quando si tratta di prescrivere rispetto al primo proprietario superiore, nel cui fondo nasce l' acqua, io stimo che nessun diritto abbia acquistato contro di lui il proprietario inferiore, perchè quanto al proprietario del fondo, in cui l'acqua nasce, non può dirsi che vi sia stato o che vi sia alcun quasi-possesso di servitù, mentre nel suo fondo superiore niente fu fatto, ed egli stesso usava dell'acqua nel detto fondo senza alcun fatto del proprietario inferiore, come è manifesto per ciò che fu detto.

LX. Un' altra questione per le predette cose viene decisa. Certuno condusse l' acqua per doccie o canali di legno, oppure aveva il diritto di chiudere la chiavica in certe ore, affinchè l' acqua non andasse al fondo del vicino, ma fosse condotta nel suo; e da queste doccie o canali o chiavica chiusa certa porzione d' acqua fluì di consueto per alcuni buchi; forse perchè la chiavica era chiusa con istrame, con isterco o con terra, e da essa soleva stillarne alcuna poca; la quale acqua, scorrendo pei luoghi inferiori, fu raccolta dai padroni di questi per lunghissimo tempo allo scopo di irrigare i loro fondi, o di attingere, o per altro uso. Ora il proprietario superiore, che ha il diritto di condur acqua, vuol chiudere la chiavica in modo, che neppur una goccia ne vada ai fondi inferiori; ed i proprietarii inferiori vogliono che la poca acqua predetta scorra come soleva innanzi. Sembra che il proprietario superiore non possa chiudere la chiavica in tal guisa, perchè l'acqua non può essere deviata dal suo solito corso; ed in proposito vi ha un caso in termini nella legge 1. § *fin. ff. de rivis.* All'opposto sembra, che lo possa, perchè la detta acqua non corre al fondo inferiore per diritto di servitù, ma per quello di famigliarità, dacchè il padrone inferiore nulla fece nel fondo superiore, ed invece è la stessa acqua, che non potendo comodamente essere ritenuta, corre naturalmente a' luoghi inferiori. E che il proprietario superiore possa tutta ritenerla e conservarsela, sembra che letteralmente lo consenta il testo della legge 3. *ff de rivis*, ove in principio è detto: *Imperocchè se taluno fa qualche lavoro pel fine di conservare e trattener l' acqua, non impunemente può venire impedito;* e nel § 1 è detto: *Servio e Labeone scrivono, che se taluno vuol formare di sassi o macerie il canale che da principio era di terra, perchè non*

Digitized by Google

nebat, caementicium velit facere, audiendum esse. Sed et si cum rivum qui structilis fuit, terrenum postea quis faciat, aut partem rivi, aeque non esse prohibendum, *et istud est verius. Quod tamen intellige quando hoc facit dominus superior ex urgenti necessitate, vel ex magna utilitate* (1), *sed ubi non est necessitas urgens vel magna utilitas, tunc non potest* (2), *secundum Bart. ibi, qui ita concordat dicta jura. Vel secundo potest dici et aliter concordari. Aut dominus superior vult facere murum ad latus, ut aqua non vagetur, et potest* (3). *Aut vult fundum rivi de terreno lapideum facere, et non potest* (4). *Vel tertio potest concordari. Aut vult caementum facere, et potest. Aut vult de lapidibus ordinatis et compositis, et non potest, ut vult. gloss.* (5). *Item quod dixi aquam contineri posse, intellige quando dicta aqua ducebatur per dominum superiorem absque alia obligatione. Secus si tenebatur primo, vel pacto vel alia obligatione ducere per canalia lignea, vel clavicae foramen claudere terra vel stramine vel sterquilinio, et vellet mutare formam, puta de ligneis facere lapideum, vel claudere foramen cum lapidibus vel ligno: quia non posset in praejudicium inferiorum* (6). *Et intellige quando nulla servitus fuisset imposita: quia si esset imposita non posset mutare formam* (7).

LXI. *Sed circa praedicta potest dubitari, quid si habeo jus ducendi aquam per fundum tuum jure servit. duxi per rivum apertum, et nunc volo rivum subterraneum facere? Et videtur quod non possim: quia ex hoc aufero domino soli commodum appellendi pecus ad dictum rivum, vel hauriendi aquam ex eod.; et ita Labeo videtur dixisse* in l. 2. in prin. quae incipit, Labeo ff. de rivis. *In contrarium videtur, quod imo possim claudere: quia quod dominus soli, per quem ducitur rivus, privetur commodo hauriendi aquam ex rivo.*

aveva acqua, deve ascoltarsi. Ma se taluno volesse poi fare di terra quel canale o parte di esso, che prima era formato di pietre, per equità non si potrebbe vietarglielo. E questo è più vero. Lo che nondimeno intendi procedere, quando il proprietario superiore ciò fa per urgente necessità, o per grande suo vantaggio, ma quando non entrassero sì fatti motivi, non lo potrebbe, secondo Bartolo. Oppure in secondo luogo può dirsi così, accordando i testi. Od il padrone superiore vuol fare un muro dallato, affinchè l' acqua non si disperda, e lo può. O vuol formare il letto del canale di terreno pietroso, e nol può. Oppure in terzo modo si possono accordare così: O vuol fare un muro di sassi e lo può; o vuol farlo di pietre ordinate e composte, e nol può, come dice la Glossa. Parimenti intendi le parole da me dette, che l' acqua può essere ritenuta, nel senso: quando la detta acqua era condotta dal proprietario superiore senza alcuna obbligazione. Diversamente se da principio era obbligato, o per patto, o per altra obbligazione, a condurla mediante canali di legno, od a chiudere il foro della chiavica con istrame o con isterco, e volesse mutare la forma, per esempio, fare i canali di pietra invece di legno, o chiudere il foro con pietre o tavole; perchè non lo potrebbe in pregiudizio degli inferiori proprietarii.

LXI. Ma circa le predette cose può sorgere questo dubbio: che è da dire, se io ho il diritto di condur acqua per il tuo fondo per diritto di servitù? Io ho condotto per un canale aperto, ed ora voglio farne uno sotterraneo? Sembra che non lo possa; perchè mediante ciò tolgo al padrone del suolo la comodità di abbeverare il bestiame al detto canale, o di attigner acqua dallo stesso, e così sembra avere risposto Labeone nella legge 2 *ff. de rivis.* Al contrario sembra, che anzi lo possa chiudere, poichè la conseguenza, che il padrone del suolo nel

Digitized by Google

concludas: Aut est imposita servitus fundo vicini, ut possim ducere rivum apertum per fundum; et tunc non possum claudere, et idem si dictum est de rivo clauso, quia non potest aperiri, aut non est dictum de rivo aperto vel clauso, et tunc distingue. Aut claudendo vel aperiendo rivum non fit deterior conditio domini fundi servientis, per quem duco rivum, et teneas, quod possim claudere vel aperire, et ita intelligitur opin. Pomponii (1). *Aut fit deterior conditio domini fundi servientis, et tunc aut est major utilitas ejus cui debetur servitus, quam domini fundi servientis damnum, et tunc potest claudere vel aperire* (2), *aut est magis damnum domini fundi servientis quam utilitas domini fundi dominantis, qui ducit aquam per rivum: et tunc non potest mutare claudendo vel aperiendo, et ita intelligitur opin. Labeonis* (3), *quam sequitur ibi Bart.; et ita etiam vult gloss.* (4), *quae gloss. singulariter vult, quod quando fit causa servandi aquam vel retinendi necessario non habet locum praedicta distinctio* (5), *et hoc intellige esse verum.*

LXII. *Item juxta praedicta dubitari potest, quod si quis habet jus ducendi aquam per fundum vicini, et duxit per rivum, nunc vult novum canalem vel fistulas in rivo collocare, cum nunquam habuerit: an possit? Dic quod sic, et si impediatur: competit ei interdictum utile de rivis, si propter ipsius utilitatem hoc facit in commoditate ejus, cujus ager est* (6), *et ideo datur utile interdictum, non directum: quia directum datur, quando jam habuit, ut dicit ibi gloss. in verbo, Utile.*

LXIII. *Sed quid e contra, si primo duxi aquam per fistulas vel canales per fundum vicini, nunc volo ducere per rivum? Dic quod non possum: quia hoc fieret cum incommoditate vicini, fodiendo in ejus fundo* (7), *ubi etiam dicitur, quod non possum dilatare, vel attollere, vel*

dirai: Od al fondo del vicino è imposta la servitù ch' io possa condurre un canale aperto per esso, ed allora non posso chiuderlo, e così pure se fu pattuito di un canale chiuso, perchè non potrà essere aperto. O non fu stabilito di un canale aperto o chiuso, ed allora distingui. O col chiudere od aprire il canale non si rende deteriore la condizione del padrone del fondo serviente, pel quale lo conduco, e dirai che posso chiuderlo od aprirlo, e così va intesa la sentenza di Pomponio. O si fa deteriore la condizione del detto padrone, ed allora, od è maggiore il vantaggio di quello, cui è dovuta la servitù, che non sia il danno del padrone del fondo serviente, ed in tal caso può chiudere od aprire; od è maggiore il danno del padrone del fondo serviente, che non sia il vantaggio del padrone del fondo dominante, che conduce l'acqua pel canale, ed allora questi non può mutarlo col chiuderlo od aprirlo; e così va intesa l'opinione di Labeone, la quale è seguita da Bartolo e dalla Glossa. Che anzi questa vuole singolarmente, che quando si tratta di conservare o trattenere l'acqua, non abbia più luogo la detta distinzione; e ciò intendi esser vero.

LXII. Parimenti per le predette cose può sorgere altresì il dubbio seguente. Se alcuno ha il diritto di condur acqua pel fondo del vicino, e la condusse per un rivo, ed ora vuole collocare in esso una nuova doccia o nuovi condotti, mentre prima non li aveva; lo può forse? Rispondi che sì, e se viene impedito, gli compete l' utile interdetto *de rivis*, qualora per vantaggio del detto rivo ei ciò faccia a comodo di colui, cui appartiene il podere. E gli è dato l' interdetto *utile*, non il *diretto*, perchè questo gli si dà quando abbia già avuti i condotti, come dice la Glossa.

LXIII. Ma che all' opposto, se dapprima condussi l' acqua mediante condotti o canali pel fondo del vicino, ed ora voglia condurla per un rivo? Rispondi, che non lo posso, perchè ciò si farebbe con danno del vicino, cavando nel di lui fondo; e lo si argomenta da' testi, ov' è detto, che non

Digitized by Google

praedictis decidi potest (26*) *oritur in fundo Titii, et discurrit ad fundum Sempronii, et ex fundo Sempronii ad fundum Caii, nunquid, Sempronius possit aquam, postquam est ingressa fundum suum, ipsam continere vel divertere ad alium fundum suum inferiorem, ita ut ad fundum Caii non perveniat, ad quem est solita pervenire? et videtur quod possit eam continere, vel ad alias partes suas vel alias ducere* (1). *Contrarium videtur tenere Bald.* (2). *Aut aquam nascitur in praedio tuo, et potes eam mihi impedire, quia beneficio tuo ex praedio tuo habeo. Aut in agrum meum aliunde venit: tunc cum non habeam ego inferior beneficium a te, non potes mihi auferre, cum tibi non prosit, et mihi noceat, et sic Baldus videtur Sempronium, qui in medio est, non posse aquam divertere, quando mihi nocet, et sibi non prodest, et sic a contrario videtur sentire, quod si sibi prodest, posse divertere. Ego vero puto aliter distinguendum, aut quaeritur de impedimento domini superioris fundi, in quo aqua oritur: aut de impedimento Caii domini inferioris. Primo casu conclude, aut est imposita servitus fundo inferiori certo modo, et secundum illum modum aqua debet duci, et non aliter* (3). *Aut est imposita servitus, sed non limitata: et tunc idem, quando vellet divertere contra debitam servitutem, Aut non vult facere dominus inferior contra debitam servitutem: quia fundo superiori nulla debetur servitus: et tunc dicas, quod dominus superior regulariter non potest impedire, postquam aqua est ingressa fundum Sempronii, nisi illa aqua, seu ejus diversio sit nocitura fundo, ex quo aqua oritur* (4). *Secundo casu principali dicas: Aut Cajus dominus inferior habet servitutem aliquam in fundo Sempronii superioris, vel est in quasi possessione servitutis dicti fundi Sempronii, non poterit Sempronius divertere aquam contra debitam servitutem* (5). *Aut non habet Cajus aliquam servitutem, nec*

cose si può decidere, è la seguente: se l'acqua (26*) nasce nel fondo di Tizio, e scorre al fondo di Sempronio, e da questo va a quello di Caio, può forse Sempronio trattener l' acqua, dopochè entrò nel suo fondo e dirigerla ad un altro suo fondo inferiore così, che non giunga a quello di Caio, al quale è solita di pervenire? Sembra per alcuni testi che possa trattenerla e condurla ad altri suoi fondi od altrui. Baldo invece tiene l'opposta sentenza, e dice doversi distinguere a questo modo: O l' acqua nasce nel tuo fondo e puoi impedirmela, perchè l'ho dal tuo fondo per tuo beneficio. O viene al mio fondo d' altra parte; allora non avendo, io inferiore, il beneficio da te, tu non puoi tormelo, essendochè a te non giovi ed a me nuoccia. E così Baldo sembra dire, che Sempronio, il quale è posto nel mezzo, non possa deviar l'acqua, quando ciò a me nuoca, ed a lui non giovi; ed all'opposto sembra opinare che la possa divertire, quando gli giovi. Io poi credo, che altrimenti si debba distinguere. O si tratta di un impedimento del padrone del fondo superiore, nel quale nasce l' acqua; o di un impedimento di Caio padrone dell'inferiore. Nel primo caso conchiudi così: O la servitù è imposta al fondo inferiore in un modo certo, e secondo quel modo l'acqua dev'essere condotta, e non altrimenti. Od è imposta, ma non limitatamente, ed allora sarà lo stesso, qualora si volesse divertire contro la dovuta servitù. Od il padrone inferiore non vuol fare contro la servitù dovuta, perchè nessuna n' è dovuta al fondo superiore, ed allora dirai, che il padrone superiore di regola non può impedire, dopochè l' acqua è entrata nel fondo di Sempronio, fuorchè nel caso che quell'acqua o la sua diversione sia per nuocere al fondo, dal quale nasce. Nel secondo caso principale dirai: O Caio padrone inferiore ha qualche servitù nel fondo superiore di Sempronio, od è in quasi-possesso della servitù nel detto fondo, e Sempronio non potrà divertir l' acqua contro la servitù dovuta. O Caio non ha alcu-

Digitized by Google

Caii per modum facultatis: puta quia Cajus nil fecit in fundo Sempronii, et tunc aut Sempronius vult divertere animo nocendi Cajo, et non potest (1), *quod in dubio non praesumitur* (2). *In hac quaestione pro veritate et concordia sic distinguerem: Aut vult divertere plus aquae quam sit ei utile, et non potest: quia propter excessum praesumeretur fecisse animo injuriandi seu nocendi* (3) (27*). *Aut non vult divertere animo nocendi, et tunc aut Sempronius habet aquam jure servitutis sibi debitae ex fundo Titii, in quo aqua oritur: et tunc aut illa servitus est limitata, puta ut Sempronius possit aquam ducere ex fundo Titii ad fundum suum causa irrigandi ipsum certis horis: et tunc videtur, quod ad illum usum tantum possit uti, et non ultra* (4), *quia limitata dispositio limitatum producit effectum* (5), *et sic, quod ultra illum usum non possit aquam divertere in damnum Caii inferioris. Ego tamen in hoc credo contrarium esse verius de jure, quia cum aqua ex fundo Sempronii discurrat ad fundum Caii, non jure alicujus servitutis, sed facultatis tantum, est in potestate Sempronii aquam retinere vel eam divertere ad alia loca: quia sua est, postquam est ingressa fundum suum, per ea quae dicta sunt. Nec obstat dum dixi limitata dispositio limitatum producit effectum: quia illa regula procedit quoad personam Titii superioris, pro qua limitata est, non quoad personam Caii inferioris, cum qua nihil conventum est. Unde poterit dicere Sempronius Cajo quantum ad te pertinet, liberas aedes habeo* (6).

LXIV. *Et quia regulariter non possum opponere de jure tertii, quando non est exclusivum juris agentis* (7). *Aut est servitus imposita fundo Sempronii per Titium dominum superiorem non limitata, sed simpliciter: videlicet ut possit ducere aquam ad fundum suum, et idem multo*

estende a quello di Caio per modo di facoltà, per esempio, perchè Caio nulla fece nel fondo di Sempronio; ed allora, o Sempronio vuol divertire con animo di nuocere a Caio, e nol può, benchè in dubbio tale animo non si presuma. In sì fatta quistione, a scopo di verità e di concordia, così distinguerei: O Sempronio vuole divertire maggior acqua di quella che gli torna utile, e non lo può, perchè in forza dell' eccesso si presumerebbe che lo facesse con animo d' ingiuriare o di nuocere (27*). O non vuole divertire con animo di nuocere, ed allora, o Sempronio gode l'acqua per diritto di servitù a lui dovuta dal fondo di Tizio, nel quale nasce l' acqua, ed in tal caso, o quella servitù è limitata, per esempio, che Sempronio possa condur acqua dal fondo di Tizio al proprio, onde irrigare lo stesso in certe ore, ed allora sembra che possa valersene soltanto a quell' uso e non ad altro, perchè tale concessione produce un effetto limitato, e per conseguente, che oltre quell' uso non possa divertir l' acqua in danno di Caio proprietario inferiore. Nondimeno io credo che l'opinione contraria sia la più vera in diritto, perchè scorrendo l'acqua dal fondo di Sempronio a quello di Caio, non per diritto di alcuna servitù, ma di facoltà soltanto, è in potestà di Sempronio il trattener l'acqua o dirigerla per altri luoghi, dacchè è sua, poscia che è entrata nel suo fondo, in forza di ciò che abbiamo esposto. Ned osta lo avere io detto, che la disposizione limitata partorisce un effetto limitato; imperocchè quella regola procede rispetto alla persona di Tizio superiore, verso la quale è limitata, non già rispetto a quella di Caio inferiore, col quale nulla fu convenuto. Laonde Sempronio potrà dire a Caio secondo i testi: *per quanto a te spetta, io ho libere le mie case.*

LXIV. E perchè ancora non posso opporre circa il diritto di un terzo, quando non appartenga esclusivamente al diritto dell'agente. — Od è servitù imposta al fondo di Sempronio da Tizio proprietario superiore, non limitatamente, ma semplicemente, come, che possa condur acqua al suo fondo; e deve dirsi lo stesso con maggiore

Digitized by Google

magis dicendum est (1). *Aut Sempronius recepit aquam in fundo suo ex fundo Titii superioris, non jure servitutis, sed jure facultatis: et tunc aut Sempronius divertendo aquam a fundo Caii, nihil sibi prodest, et Cajo nocet, et non potest divertere: quia Cajus non recipit aquam ex beneficio Sempronii* (2). *Aut divertendo Sempronius aquam ex fundo Caii, Cajo non nocet: quia quod tibi non nocet, et mihi prodest, faciliter concedendum est* (3). *Aut divertendo prodest sibi Sempronio, et nocet Cajo, et in hoc est major dubitatio, et Bald. videtur sentire* (4). *Ego teneo contrarium, ex quo semper facit in suo, et aufert lucrum Cajo, cui nulla servitus debetur* (5). *Et in quantum dixi in tota ista quaest. quod Sempronius potest aquam divertere in damnum Caii inferioris, vel contra voluntatem Titii superioris: intellige, nisi isti tres fundi fuissent prius unius tantum, vel nisi fuisset unus tantum fundus: et postea fuerint divisi, vel divisus inter eos, vel eorum authores, puta cohaeredes vel legatarios: vel quia simul emissent dictum fundum, et postea inter ipsos divisissent: quia tunc quilibet deberet uti aqua, sicut erat et discurrebat tempore divisionis dicti fundi: quia sic tacite videtur actum inter eos, ex quo ita discurrebat tempore divisionis* (6).

LXV. *Ubi dicitur, si venditur equus, qui habet sellam vel ornamenta tempore quo venditur: videtur esse vendita sella et ornamenta* (7), *qui dicit plus, quod non solum veniunt ornamenta, quae habebat tempore venditionis: sed etiam ante per duos dies: ut est casus mirabilis* (8), *et ibi etiam de hoc dixi* (9). *In quibus habetur, quod in dubio res videtur esse vendita vel divisa libere, et non cum aliqua servitu-*

(1) *Ut proxime dixi.*

(2) *Ita intelligatur Bald. in d. l. item lapilli. ff. de rerum divisi. quo pro facit. l. prima, § idem ait, aquam. ff. de aqua pluv. arcend.*

(3) *Ut l. 2. § ned igitur. et ibi not. ff. solut. matrim. et argu. l. flum. § fin. et l. Proculus ff. de damno infecto.*

ragione. O Sempronio ricevette l'acqua nel suo fondo da quello superiore di Tizio, non per diritto di servitù, ma per diritto di facoltà; ed allora o Sempronio, col divertir l'acqua dal fondo di Caio, niente a se giova e nuoce a Caio, e non può divertirla, perchè Caio non riceve l'acqua per favore di Sempronio. O col divertir l'acqua dal fondo di Caio, Sempronio non nuoce a Caio, ed allora il può, perchè ciò che a te non nuoce, ed a me giova, facilmente si deve concedere. O col deviarla Sempronio giova a se stesso e nuoce a Caio, ed allora il dubbio è maggiore. Baldo sembra opinare, che non lo possa. Io invece tengo l'opposto, dacchè egli opera sempre nel suo, e toglie un lucro a Caio, cui non è dovuta alcuna servitù. E quanto dissi in tutta la questione rispetto a Sempronio, cioè, che può deviar l'acqua in danno di Caio inferiore, o contro il volere di Tizio superiore, intendi procedere, purchè questi tre fondi non fossero stati prima di uno soltanto, o non avessero composto un fondo solo, e poscia questo fosse stato diviso fra loro o fra i loro autori, per esempio, fra coeredi o legatarii; o fosse stato comperato da tutti insieme e poi diviso fra loro; perchè allora ciascuno dovrebbe usar dell'acqua, com'era e scorreva al tempo della divisione, dacchè ciò sembra tra essi tacitamente convenuto per ciò, che così era al tempo della divisione.

LXV. La qual cosa si argomenta da' testi, ov'è detto, che se è venduto un cavallo, il quale aveva la sella o gli ornamenti al tempo in cui fu venduto, sembrano esser venduti anche la sella e gli ornamenti. Ed Angelo dice di più, che non solo vengono gli ornamenti, che aveva al tempo della vendita, ma eziandio quelli che aveva due giorni avanti, e v'ha un caso analogo ne' testi. Da' quali si ricava, che nel dubbio la cosa sembra esser venduta o divisa liberamente, non già con qualche servitù; perchè que'te-

dixi in ver. item praedicta intellige vera. ante versic. ex praedictis sequitur decisio multarum quaestionum. Fallit l. alienatio. et l. si aquaeduct. ff. de regul. jur. et pro hoc facit l. aediles ajunt. in princip. ff. de aedi. edict.

(7) *Ut ibi dixi et not. per Bart. in l. eum qui. § non solum Digestis, de furtis. et per Guil. Bar-*

Digitized by Google

te: quia illa jura intelligo de servitutibus, quae habent causam momentaneam, puta itineris. Secus si successivam, sicut est servitus aquaeductus (1). *Nec obstat etiam* l. si quis aedes. in princip. ff. de servit. urb. praed. *ubi dicitur, quod si plures fundi qui debent servitutem, efficiantur unius tantum, servitus tollitur: quia res tua nemini servit.* (2); *et si postea unus de illis venditur vel dividitur, videtur vendi vel dividi libere. Pro hoc dicta* l. si in vendendo. in princip., *quia illa jura intelligo nisi tempore venditionis vel divisionis aqua discurreret per fundos praedictos: quia videtur venditio et divisio facta, ut fundi remaneant, sicut reperiebantur. Sed si aqua tempore divisionis non discurrebat per praedictos fundos, vel erat prius servitus habens causam momentaneam: tunc esset aliter dicendum: nisi in divisione diceretur, eum accessibus et egressibus usque ad vias publ. et cum aquis aquarum: quia de cursibus, etc.* (3) *quae omnia perpetuo tene menti, quia sunt quotidiana.*

sti si deono intendere riferirsi a quelle servitù che hanno una causa momentanea, come il passaggio. Altrimenti però se ne hanno una successiva, come la servitù d' acquidotto. Nè forma ostacolo a ciò la legge *si quis aedes in princ. ff. de serv. urb. praed.*, ov' è detto, che se più fondi obbligati a servitù diventino di uno soltanto, la servitù cessa, perchè la cosa propria non serve ad alcun' altra propria; e se poscia uno di que' fondi è venduto o diviso, sembra essere venduto o diviso liberamente. A sostegno di tale opinione sta la legge *si in vendendo ff. de contr. empt.*, perchè io intendo quei testi procedere, qualora al tempo della vendita o della divisione l'acqua non iscorresse pei detti fondi; giacchè la vendita o divisione sembra fatta onde i fondi rimangano come si trovavano. Ma se l' acqua al tempo della divisione non discorreva pei fondi predetti, o v' era prima una servitù avente causa momentanea, allora si dovrebbe dire altrimenti, purchè nella divisione non fosse detto: *cogli accessi e le uscite sino alle pubbliche strade, e con le acque delle acque*, perchè ecc., come dissi nella servitù di passaggio od accesso; le quali tutte così rammenta perpetuamente, perchè sono quotidiane.

LXVI. *Quarta quaest. principalis potest ex praedictis decidi in casu e converso. Nam supra dictum est quando dominus superior vult praecidere venas in fundo suo ortas, et impedire ne aqua discurrat ad fundum inferiorem, quid e contra quidam habet fundum superiorem, in quo aqua nascitur, puta profunde per quindecim pedes, quae discurrit solum ad fundum vicini inferiorem per subterraneos meatus: et quia non transeunt meatus illi fundum vicini, aqua ascendit in fundo superiori per illos 15 passus, et ducitur a domino superiori per fundum suum, dominus inferior fodit in fundo suo: et ex eo aqua exit ita, ut non possit amplius ascendere ad superficiem fundi superioris, quaeritur nunquid possit? Et*

LXVI. La quarta questione principale può per le predette cose esser decisa in un caso contrario. Imperocchè avendo noi dichiarato più sopra, quando il proprietario superiore possa tagliar le vene d'acqua nate nel suo fondo, ed impedire che l'acqua scorra al fondo inferiore, ora dimandiamo al contrario: che di diritto nel caso seguente? Certuno ha un fondo superiore, nel quale nasce l' acqua, per esempio alla profondità di 15 piedi, e quest'acqua scorre al fondo inferiore del vicino soltanto per vie sotterranee, e poichè queste vie non oltrepassano quel fondo, l'acqua ascende nel fondo superiore per i detti 15 piedi, e dal suo proprietario viene condotta per il medesimo. Ora il padrone inferiore scava nel suo fondo, e da esso esce l'acqua in guisa, che non può più ascendere alla superfi-

Digitized by Google

neor; et sic ibi probatur: si aufero tibi id quod a me non habes, nec a meo pervenit, sed a tuo, et sic infero tibi damnum, hoc de jure facere non possum: quia ibi alte fodiens qui promiserat de damno infecto auferebat lucrum, quod non proveniebat a re promissoris. Nam firmitas parietis vicini, cui erat facta promissio de damno infecto, proveniebat a re promissoris. Nam firmitas parietis, et illud fundamentum est ipsius vicini, non autem proveniebat a domo ipsius fodientis: ideo hoc facere non potest, secundum Paulum de Castr. qui ibi dicit istum esse verum intellectum illius text. quem gloss. et Dd. non viderunt: sed ita est in casu proposito, dominus fundi inferioris fodiendo in suo fundo, et aquam educendo aufert domino fundi superioris aquam, quae pervenit a fundo superiori ad inferiorem, et non e contra, ergo de jure non potest. Praeterea hoc etiam probari potest: quia sicuti aedificando in meo, non possum mittere in alienum (1), *ita videtur et multo magis, quod aedificando in meo non possum auferre illud quod est alienum, nec a me habet originem: quia plus videtur esse, auferre alienum, quam simpliciter in alieno mittere juxta.* l. id quod nostrum ff. de regulis juris, *ex quo magis damnum contingit in auferendo rem alienam* (2). *Quod singulariter not. quia potest trahi ad decisionem multarum quaestionum similium. Puto tamen si vellet dominus inferior in suo fundo fodere, non causa praedictam aquam habendi, similiter forte ut penum faceret aut cloacam, non impediretur, si ita clauderet meatus aquae subterraneae, quod impediretur ascensus ejus ad fundum superiorem* (3), *ut paries stare non possit a contraria secu* (4), *neque enim existimari operis mei initio damnum tibi dari in ea re, in qua jure meo usus sum* (5).

e questo è provato nel modo seguente. Se io ti tolgo quello che da me non hai, nè proviene dal mio, sì invece dal tuo, e per tal modo ti arreco danno, ciò non posso fare giuridicamente; perchè lo escavatore, di cui sopra, il quale avea promessa l' indennità pel danno temuto, toglieva un lucro, il quale non procedeva dalla cosa del promissore. Imperocchè la sodezza del muro del vicino, al quale era fatta la promessa del danno temuto, proveniva dalla cosa del promissore. Ed invero la sodezza del muro ed il suo fondamento erano dello stesso vicino, non già provenivano dalla cosa dell' escavante; dunque egli non può far ciò, secondo Paolo di Castro; il quale poi dice, che questa è la vera interpretazione di quel testo, che non fu scoperta, nè dalla Glossa, nè dai Dottori. Ma nel caso proposto avviene pure lo stesso, dacchè il padrone del fondo inferiore, scavando nel suo fondo, e conducendo l'acqua da esso, toglie al padrone del fondo superiore l' acqua che perviene dal fondo superiore all' inferiore, non già al contrario. Dunque nol può di diritto; perchè siccome fabbricando nel mio, non posso immettere nell' altrui, così sembra a molto maggior ragione, che fabbricando nel mio non possa torre quello ch' è d' altri, nè da me trae l'origine; poichè sembra esser più torre l' altrui, che semplicemente immettere nell' altrui, giusta ciò che dice la legge *id quod ff. de reg. jur.: però che v' ha maggior danno nel togliere la roba d'altri.* Lo che dei notare singolarmente, perchè può servire a decidere molte questioni consimili. Nondimeno io credo, che se il proprietario inferiore volesse scavare nel suo fondo, non già per avere la suddetta acqua, ma forse per costruire una cantina od una cloaca, non sarebbe impedito, qualora chiudesse le vie sotterranee dell'acqua in guisa, che questa non potesse ascendere al fondo superiore; e lo argomento da' testi, ove è detto: *imperocchè non può credersi, che col principiare l' opera mia tu rimanga danneggiato in quella cosa, della quale ho usato per mio diritto.*

LXVII. *Quinta quaest. similiter decidi potest, si aqua discurrat a fundo Titii*

LXVII. La quinta questione può venire decisa egualmente. L'acqua scorre per vene

Digitized by Google

pronius non fodit in fundum suum, tota aqua fluere consuevit ex superiori fundo Titii, nunc Sempronius fodit in fundo suo, et venas aperuit, ità ut tota aqua tam illa quae in venis suis nascitur, quam illa quae ex venis Titii fundi superioris, discurrat ad fundum ipsius Sempronii, et desinat ascendere ad superficiem fundi Titii, nunquid ita possit fodere Sempronius? Et ex praedictis concludendum est: Aut quaeritur nunquid potuerit fodere, et aquam ducere ex venis, quae ex fundi sui venis procedit: et sine dubio potest: quia qui fodit in suo, nihil mittit in alienum, nec de alieno aliquid aufert. Aut quaeritur de eductione aquae, quae oritur ex venis subterraneis fundi Titii superioris, et dicendum quod non potest (1).

LXVIII. *Sed ultima praedicta quaest. si ille qui habet jus aquae ducendae, admiscuit aliam aquam illi quam modo ducere solebat, nunquid possit prohiberi, dic quod sic non solum pro addita aqua, sed etiam pro tota simul mixta poterit prohiberi* (2). *Et est ratio, quia illa aqua mixta est indivisibilis: et propterea utile per inutile vitiatur* (3), *et pro hoc facit ratio: quia in indivisibilibus utile vitiatur per inutile* (4). *Quod intellige verum, quando aqua admixta est facto hominis, secus quando aqua crescit non facto hominis, sed naturaliter: quia tunc non potest prohiberi ducere totam aquam* (5).

LXIX. *Ulterius quaero, statutum est in civitate, ut quis possit ducere aquam ex fundo superiori per fundum vicini medium ad aliquem fundum suum inferiorem solvendo damnum vicino, quod cavatio fiat in fundo suo, quod statutum valet propter publicam utilitatem* (6). *Modo quis vult ducere aquam per fundum vicini ad suum, in quo fundo vicini est fons vel sunt venae aquarum, et si poterit in eo fodere vel per ipsum aquam ducere, mi-*

l' acqua fluì sempre dal fondo superiore di Tizio. Ora Sempronio scava nel suo fondo, ed apre le vene in guisa, che tutta l'acqua, tanto quella che nasce nel suo fondo, quanto quella che nasce dalle vene del fondo superiore di Tizio, scorra al fondo dello stesso Sempronio, e cessi di ascendere alla superficie del fondo di Tizio. Si domanda, se Sempronio possa scavare in questo modo? Per le predette cose si può conchiudere così: O si chiede se possa scavare e condur l' acqua, che proviene dalle vene del suo fondo, e senza dubbio lo può, perchè chi scava nel suo, nulla immette nell' altrui, nè toglie nulla dell' altrui. O si domanda se possa condur l'acqua, che nasce dalle vene sotterranee del fondo superiore di Tizio, e deve dirsi, che nol può.

LXVIII. Ma in che modo si risolverà l' ultima questione sopraindicata, che è questa: se quegli che ha diritto di condur acqua, meschiò altra acqua a quella ch' era solito di condurre, gli può forse ciò esser vietato? Rispondi che sì, non solamente per l' acqua aggiunta, ma eziandio per tutta insieme la meschiata. E la ragione si è, che quell' acqua mista è indivisibile, e però l' utile può esser vizinto dall' inutile, ed a quest' uopo vale l' altra ragione, che nelle cose indivisibili l'utile si vizia mediante l'inutile. Lo che intendi esser vero, allorchè l' acqua diventa mista per fatto dell' uomo, non già quando l' acqua cresce per altra cagione, però naturalmente; imperocchè allora non gli può esser vietato di condurre quell' acqua.

LXIX. Oltre a ciò chieggo: Vige nella città uno statuto, che ciascuno possa condur acqua dal fondo superiore per il fondo interposto del vicino a qualche suo fondo inferiore, indennizzando il vicino per ciò che l' escavazione avviene nel suo; il quale statuto è fatto per la pubblica utilità. Ora, taluno vuol condur acqua al suo fondo per il fondo del vicino, nel quale è una fontana o vi sono le vene dell' acqua, e qualora possa scavare in esso o per esso condur acqua, è

Digitized by Google

quid possit? et videtur quod sic, quia statutum loquitur simpliciter, quod per fundum vicini possit aqua duci, satisfaciendo sibi damnum: ergo simpliciter et indistincte debet intelligi, decima nona distincte si Romanorum. Nec distinguit, an sit damnum respectu terrae fundi, vel respectu aquae ipsius: ergo nec nos distinguere debemus (1). *Praeterea hujusmodi statutum est favorabile, et factum propter publicam utilitatem: ergo videtur esse in dubio intelligendum, late, et ampliandum, ubi subesset eadem ratio* (2). *Sed contrarium dico verius esse de jure. Nam illud statutum debet intelligi, dummodo non fiat damnum vicino in suo aquaeductu* (3). *Et facit quod dixi supra* 3 quaest. princ. circa finem. *Item de hoc videtur esse text.* (4) *cum ibi not. per glosa. et Dd.*

Sembra che sì, perchè lo statuto dice semplicemente che l'acqua si può condurre pel fondo del vicino, pagando a questo il danno; dunque la diciannovesima distinzione *si Romanorum* si deve intendere semplicemente ed indistintamente. Nè distingue lo statuto, se vi sia danno rispetto al terreno del fondo o rispetto all'acqua dello stesso; dunque neppur noi dobbiamo distinguere. Oltrecciò siffatto statuto è favorevole e fatto pel pubblico vantaggio; dunque sembra, che nel dubbio si debba intendere largamente, ed ampliarsi, mentre sottentra la stessa ragione. Ma io dico, che è più vero in diritto l'opposto. Conciossiachè quello statuto debba intendersi nel senso: purchè non si faccia danno al vicino nel suo acquidotto. E vale a sostegno di tale sentenza ciò che dissi più sopra, ed un testo colle note della Glossa e dei Dottori.

LXX. *Item hoc probatur ratione, quando privilegiatus et causae privilegii sunt paris potentiae, potior conditio est possidentis* (5). *Sed ille, per cujus fundum vicinus vult ducere aquam, habet etiam aquam, quae est similiter privilegiata, vel quia eam ducit aut ducere potest ad irrigandos agros: ergo non debet sibi auferre jus aquae suae, ut alteri concedatur* (6). *Item pro hac opinione facit* (7) *ubi probatur, quod quando sunt duae dotes, non debemus magis favere uni quam alteri, et sic non debemus cooperire unum altare, et aliud discooperire* (8). *Et pro hoc facit etiam* (9), *quod dixi in quaestione praecedenti. Nec obstat, quod statutum loquatur simpliciter, ut possit aqua duci per fundum vicini, satisfaciendo sibi dammum, quia non debet intelligi de damno alterius aquae, quae gaudeat eodem privilegio, per praedicta. Nec obstat, quod statutum sit favorabile, et in favorem ductus, et propter publicam utilitatem: quia idem favor est in utroque casu: et ideo melior est conditio possidentis* (10).

LXX. Parimente ciò è provato dalla ragione, che quando il privilegiato e le cause del privilegio sono di pari potenza, prevale la condizione di chi possede. Ma quegli, pel cui fondo il vicino vuol condur l'acqua, ha egli pure l'acqua ch'è ugualmente privilegiata, o perchè la conduce o perchè può condurla ad irrigare i campi: dunque non deve torre a sè il diritto dell'acqua propria, onde ad altri sia concesso. Così pure tale opinione è sostenuta da' testi, ov'è provato, che quando vi sono due doti, non dobbiamo favorire piuttosto l'una che l'altra; e però non dobbiamo coprire un altare e scoprir l'altro; e vale anche a tal uopo ciò, che dissi nella precedente questione. Ned osta, che lo statuto dica semplicemente, che possa condur acqua pel fondo del vicino indennizzandolo, perchè non deve intendersi parlare del danno dell'acqua altrui, che goda di un eguale privilegio per le predette cose. Neppure osta, che lo statuto sia favorevole per la condotta, e fatto pel pubblico vantaggio, perchè esiste lo stesso favore in ambedue i casi; e però è migliore la condizione di chi possede.

Digitized by Google

LXXI. *Quaero nunc de alia quaestione quotidiana: Aqua ex fundo meo superiori descendit ad tuum inferiorem, et inundat totum fundum tuum ex magna abundantia aquarum, quaeritur de duobus. Primo nunquid ego, qui sum dominus fundi superioris, cogar retinere aquam in fundo meo, puta faciendo fossam et aggeres, et in eo aquam recolligendo, ne discurrat ad fundum tuum? Secundo, posito quod non cogar retinere, an possim te inferiorem cogere, ut eam in fundo tuo recipias, et fossam facias, vel alveum et aggeres, vel patiaris quod aqua descendat ex tuo ad alium inferiorem? Circa quae dicas in primis tria esse consideranda. Primum est, legis conventio, ut si aliqua intervenit, illa sit servanda* (1). *Secundum est, loci natura, quae debet inspici, quae est, ut regulariter fundus inferior superiori serviat, ut patiatur hanc servitutem, et teneatur suscipere aquam fundi superioris, nisi aliter conventum sit* (2). *Agri enim naturam servandam esse dicit* d. l. 1. § denique ait 23, *et semper inferiorem superiori servire atque hoc incommodum naturaliter pati inferiorem agrum a superiore, compensareque debere cum alio commodo: sicut enim omnis pinguedo terrae ad eum decurrit: ita etiam aquae incommodum ad eum defluat* (3). *Tertium est, quod debet considerari, quando non esset dicta aliqua lex inferiori vel superiori, nec natura loci hoc declarat: quia plana sunt loca, ita ut nullus agger posset dici inferior vel superior, tunc loci vetustas, quae vicem legis obtinet, et pro lege semper habetur, dirimendarum litium causa utique servanda est* (4). *Quartum etiam posset considerari, quando aliqua conventio non esset, vel natura loci aliquid non declarat, neque subest quid sit servandum. Circa primum quando intervenit conventio de retinenda superiori, ne ad inferiorem, vel de mittenda in fundum inferiorem, dicas il-*

LXXI. Ora dimando circa un'altra questione principale. L'acqua dal mio fondo superiore discende al tuo inferiore, e tutto l'innonda per grande abbondanza di acqua. Che di diritto rispetto ad amendue? Primamente, io che sono il proprietario del fondo superiore sarò forse costretto a ritener l'acqua nel mio fondo, per esempio, col fare una fossa ed argini, e raccogliendo in essa l'acqua, onde non iscorra al tuo fondo? In secondo luogo, posto che non sia costretto a ritener l'acqua, posso io costringer te inferiore a raccoglierla nel tuo fondo, a far un fossato, argini od alveo, oppure a soffrire che l'acqua discenda dal tuo ad un altro fondo più basso? Circa queste cose rispondi, che si devono innanzi tutto considerare tre cose. Prima è la convenzione legale, per cui se alcuna ne fu fatta, quella si deve osservare. Seconda, è la natura del sito che si deve osservare, la quale reca la conseguenza, che di regola il fondo inferiore serva al superiore, onde soffra tale servitù, e sia tenuto ad accogliere l'acqua del fondo superiore, se altrimenti non fu convenuto. Ed invero la legge 1 § *denique ff. de aqua pluv. arc.* dice, che si deve seguire la natura del terreno; che sempre l'inferiore serve al superiore; che questo incomodo è sofferto naturalmente dal campo più basso, e dev' essere compensato con un altro vantaggio; imperocchè, come ogni grassezza della terra scola in esso, così pure deve in esso fluire l'incomodo dell'acqua. Terza è, che si deve considerare, se non sia posta alcuna legge all'inferiore od al superiore, nè ciò sia spiegato dalla natura del sito, per esempio, perchè i campi sono piani, così che nessuno d'essi possa dirsi inferiore o superiore. In tale caso si deve seguire la vetustà del sito o dell'uso, la quale fa le veci di legge, e si ha sempre per legge, come cagione infallibile di dirimer le liti. In quarto luogo si possono eziandio considerare i casi, nei quali non esistesse alcun patto, nè la natura del sito spiegasse alcunchè, nè si sapesse in altro modo che cosa si debba osservare. Circa il primo caso, quando ci entra alcun patto di ritener l'acqua, onde non vada al fondo inferiore, o di mandarla a questo, di-

Digitized by Google

lam conventionem esse servandam, et per eam servitutem imponi (1).

LXXII. *Sed dubitari potest, si simpliciter est imposita, vel per conventionem servitus, ut superiori vicinus teneatur aquam retinere in fundo suo, vel quod inferior teneatur fossa eam recipere, nunquid superior vel inferior teneatur purgare, vel aggeres facere aut munire? Et videtur quod sic: quia qui tenetur ad unum, tenetur ad omnia, per quae pervenitur ad illud* (2). *Et qui permittit sequentia, videtur permittere antecedentia, quibus mediantibus ad sequentia pervenitur* (3). *Et facit ad hoc quod not. Barthol.* (4). *Item qui permittit consequens, videtur permittere necessario antecedens* (5). *Sed videas, quod imo illa cujus fundus debet servitutem, non tenetur purgare, vel aggeres facere, vel munire, sed solum tenetur pati, ut dominus fundi, cui servitus debetur, praedicta vel solita facere possit:* ut probatur in l. 1, § denique ait, in princ. et § fin. ff. de aqua plu. arcen. *ubi ita dicit*. non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in ejus agro muniemus, *qui text. intelligitur, quando pacto vel vetustate erat inducta servitus retinendi aquam in fundo, recipiendo aquam ex fundo superioris* (6). *Et ita intellige quae dixi supra* in 4 quaest. principali (7).

LXXIII. *Et est ratio regulariter, quia ille qui habet servitutem, non cogitur facere, sed pati* (8): *excepta servitute oneris ferendi: quia in illa debens servitutem potest cogi facere* (9), *et intelligo text.* illius § fin. *non solum quando superior vicinus tenebatur aquam retinere in fundo suo: quia tunc si opus, per quod retinetur, indiget refectione, non tenetur superior reficere, sed pati ut inferior reficiat, et ita intelligit Paul de Castr.* (10). *Sed etiam intelligo text.* in dicto § *si quan-*

rai che quel patto si deve osservare, e per esso aver corpo la servitù.

LXXII. Ma si può dubitare, qualora sia imposta semplicemente o per convenzione la servitù, che il vicino superiore sia tenuto a trattener l'acqua nel suo fondo, o che l'inferiore sia obbligato a riceverla in una fossa, se il superiore o l'inferiore sia tenuto a purgare, o a fare gli argini o ad assicurarli? Sembra che sì, perchè chi è tenuto ad una cosa, è tenuto a tutte quelle per le quali si giunge alla stessa; e chi permette le conseguenti sembra permettere le antecedenti, mediante le quali si giunge a quelle. E giova a tal uopo quanto Bartolo nota. Parimente, chi permette il conseguente si riguarda necessariamente permettere l'antecedente. Ma bada bene, che anzi quegli, il di cui fondo è obbligato a servitù, non è tenuto a purgare, a costruire argini o ad assicurarli, ma è tenuto soltanto a soffrire, che il padrone del fondo, cui è dovuta la servitù, possa fare le predette o le solite cose; e ciò per la detta legge 1. § *Denique ff. de aqua pluv. arc.*, ov'è detto: *dunque non costringeremo il vicino a fortificare gli argini, ma noi li fortificheremo nel di lui campo;* il quale testo s'intende procedere, allorquando per patto o per antichità fosse introdotta la servitù di ritener l'acqua nel fondo, col ricevere l'acqua dal fondo superiore. In tal guisa intendi ciò che ho detto prima nella 4.ª questione principale.

LXXIII. E di regola la ragione si è, che quegli che ha la servitù, non è costretto a fare, ma a soffrire, eccettuata la servitù di sopportare il peso, perchè in essa chi deve la servitù può esser costretto a fare. Ed intendo procedere il testo di quel §, non solo quando il vicino superiore fosse obbligato a ritener l'acqua nel suo fondo, perchè allora se l'opera, per la quale è ritenuta, abbisogna di riparo, il superiore non è tenuto a ristaurare, ma soffrire che l'inferiore ristauri, come l'intende Paolo di Castro; ma eziam-

(1) *Ut d. l. 1. § denique ait, et l. in summa in princ. ff. de aqua plu. arc. conjuncta l. semper in stipulationibus, ff. de reg. jur.*

(2) *Ut l. 2. cum ibi not. ff. de jurisdict. omnium jud.*

(3) *Ut probatur in l. 3. § 1. de serv. rustic.*

(6) *Ut dicit gloss. in d. § fin. in vers. munire.*

(7) *In fin. versic. sed pone quaest. quam habui de facto.*

(8) *Ut l. quoties. § serv. ff. de serv. titul. generali, et l. si forte § etiam vers. nam in omnibus servitutibus. ff. si serv. vend.*

Digitized by Google

do inferior vicinus tenebatur in fundo suo recipere aquam provenientem ex fundo superiori: quia tunc inferior non tenetur mundare, seu purgare locum, aggerem munire, ne aquae discurrant ad fundum suum, sed tenetur solum pati, ut superior hoc facere possit, cum sit eadem ratio (1). *Et hoc etiam tenet Paulus de Castr.* (2) *dum text. dicit,* hanc inferior vicinus non purgabit, *supplet idem in superiore, cum sit eadem ratio: et ideo dum textus dicit* (3) non ergo cogemus vicinum aggeres munire, *intellige vicinum, cujus fundus servitutem debet, sive sit fundus superior, sive inferior: et dum postea subdit,* quod nos in ejus agro muniemus: *expone in agro superiore vel inferiore servitutem debente, et dum dicit, quod dominus praedii dominantis potest agere contra dominum praedii servientis, ut patiatur in fundo suo purgari foveas, vel aggeres muniri, intelligi debet quando dominus fundi servientis nullam poterat utilitatem consequi: puta ex munitione aggerum, quoniam ex illa non posset consequi, nisi laborem et impensas: quo casu potest agi per dominum praedii dominantis simpliciter, ut dominus praedii servientis patiatur aggeres muniri. Sed si posset aliquam utilitatem consequi, puta ex purgatione foveae, seu alvei, ex pinguedine terrae quae extraheretur de fundo suo: tunc si ipse dominus praedii servientis vellet purgare, praeferendus est domino praedii dominantis, et ideo non simpliciter agi debet, ut dominus praedii servientis patiatur: sed alternative, ut vel purget aut purgari permittat* (4): *qui ita debet intelligi, secundum Bartholum, Paul. de Cast., Imol. et Dd.* (5). *Et ex praedictis sequitur, quod quando superior vicinus tenetur retinere aquam in fundo superiori, ne discurrat ad inferiorem, et opus quod retinebat aquam, ne inferiori noceret, sit destructum naturaliter, puta ex superabundantia aquarum, vel etiam aliter, sive illud opus sit supernaturale, quia non manu factum: sive quasi natu-*

dio, quando l' inferiore vicino era tenuto a ricevere nel suo fondo l'acqua proveniente dal fondo superiore; perchè allora l' inferiore non è obbligato a mondare, od a purgare il luogo, od a fortificar l'argine, perchè le acque scorrano al suo fondo, ma è tenuto soltanto a soffrire che il superiore possa far ciò, entrandovi la stessa ragione. E questa è opinione anche di Paolo di Castro, mentre il testo dice: *questa non purgherà il vicino inferiore,* il che si sottintende anche rispetto al superiore, essendo eguale la ragione; e però dicendo il testo: *dunque non costringeremo il vicino a fortificare gli argini,* s' intenderà parlare del vicino, il cui fondo è obbligato a servitù, sia desso inferiore o superiore. E soggiungendo poscia: *bensì li fortificheremo nel di lui campo,* spiega: nel campo superiore o nell' inferiore, che deve la servitù. E quando dice, che il padrone del fondo dominante può agire contro il padrone del fondo serviente onde soffra che nel suo fondo sieno purgate le fosse o fortificati gli argini, si deve sottintendere: quando il padrone del fondo dominante non poteva conseguire alcun vantaggio, per esempio dalla fortificazione degli argini, perchè da questa non potrebbe ritrarre che fatica e spese; nel qual caso il padrone del fondo dominante può agire semplicemente, onde il padrone del serviente soffra che gli argini sieno affortificati. Ma se potesse conseguire alcun vantaggio, esempligrazia, dal purgamento della fossa o dell' alveo, o dalla grassezza della terra che fosse estratta dal di lui fondo, allora se lo stesso padrone del fondo serviente volesse purgare, dovrebbe preferirsi al padrone del fondo dominante; e perciò questi non deve agire semplicemente, onde il padrone del fondo serviente soffra; ma bensì alternativamente, cioè, o perchè purghi, o perchè permetta che sia purgato, e ciò conforme ai testi, che così si devono intendere, secondo Bartolo, Paolo Castrense, l' Imolese ed i Dottori. — Dalle predette cose consegue, che quando il vicino superiore è obbligato a ritener l'acqua nel suo fondo, onde non vada all' inferiore, e l'opera che riteneva l'acqua perchè non nuocesse al vicino, è distrutta naturalmente, per esempio, dalla sovrabbondanza della stessa acqua, oppur anche altrimenti, sia che quell'opera fosse

Digitized by Google

rale, quia manufactum, sed non extat ejus memoria, sed jure servitutis retinebatur, potest vicinus cujus fundus debet servitutem, cogi, ut patiatur opus refici, vel in pristinum statum reponi (1). *Item ex hoc etiam sequitur, quod si ille, qui habet servitutem, destruit opus, propter quod aqua retinetur in fundo servientis, et nocet fundo dominanti: potest cogi ad ponendum seu restituendum dictum opus in pristinum statum* (2): *et intelligitur nocere, non solum quando aqua non debet aliquo modo descendere ad fundum inferiorem, et nimis descendit propter destructionem vel repletionem foveae, quae aquam in fundo superiori continebat, sed etiam quando in agro superiori erat fossa, quae debebat aquam continere, ut paulatim et moderate discurreret ad fundum inferiorem, puta ad ipsum irrigandum: et sic fossa erat in fundo superiori propter utilitatem agri inferioris irrigandi: et sic postea repleta est fovea, ut aqua vehementior descenderet ad fundum inferiorem et sic noceret:* ut probatur in dict. l. in summa § apud Alphenum *secundum Jacob. de Aret. et Imol. ibi: qui exponit illum textum ibi, dum dicit* aqua descendit, *scilicet paulatim et moderate, quod nota. Item intelligitur nocere, quando nocet opere facto contra servitutem impositam, sive contra loci naturam aut vetustatem. Secus si natura loci aut fato damnum contingat: quia tunc agi non posset* (3): et ita tenet Azo (4) *qui etiam subdit, quod nocere dicitur, ut detur actio directa* aqua plu. arcen. *quando vicino damnum datur, sed quando quid fit quominus aqua prosit vicino, cessat haec actio directa* (28*) *et datur utilis* (29*) (5), *sicut etiam datur utilis, ubi nemo facit opus* (6); *et praedicta procedunt, quando ille qui debet servitutem, fecit opus in fundo suo, vel removit propter quod damnum dat fundo dominanti. Sed quid si alius fecerit? Dic ut l.* (7).

sia che fosse naturale, perchè fatta a mano di uomo, benchè non resti di ciò memoria, ma in ogni modo l'acqua era ritenuta per diritto di servitù, possa il vicino, il cui fondo è obbligato a servitù, essere costretto a soffrire che l'opera sia ristaurata o riposta nel pristino stato. Così pure segue da ciò, che se quegli che ha la servitù, distrugge l'opera per la quale l'acqua era ritenuta nel fondo serviente, e nuoce in tal guisa al fondo dominante, può esser forzato a porre o restituire la detta opera nel suo pristino stato; e s' intende nuocere, non solo allorquando l'acqua non deve in alcun modo discendere al fondo inferiore, ed invece discende in modo soverchio per la distruzione o spiammento della fossa, che la conteneva nel fondo superiore; ma eziandio quando nel campo superiore v'era una fossa, che doveva contener l'acqua onde a poco a poco e moderatamente scorresse al fondo inferiore, per esempio, per irrigarlo; e per tal guisa la fossa stava nel fondo superiore per vantaggio del campo inferiore, e dopo fu riempita, onde l'acqua con più forza scendesse al fondo inferiore e gli nuocesse, com' è provato dalla legge *in summa* § *apud Alphenum ff. de aq. pluv. arc.* secondo Giacomo d' Arezzo e l'Imolese; il quale spiega le parole *aqua descendit* di quel testo, cioè, a poco a poco e moderatamente; lo che dee notarsi. Così pure s'intende nuocere, allorquando fa danno all'opera fatta contro la imposta servitù, o contro la natura od antichità del luogo. Diversamente se la natura del sito od il fato sien causa di danno, perchè allora non si può agire, come pensa Azzone, il quale soggiunge eziandio, che si dice nuocere, affinchè sia data l'azione diretta *dell'acqua piovana da allontanarsi*, quando è recato danno al vicino; ma quando si fa qualche cosa onde l'acqua non giovi al vicino, sì fatta azione diretta (28*) più non compete, bensì l'utile (29*); come pure si dà questa, allorchè nessuno lavora. E le predette cose procedono, quando quegli che deve la servitù, fece un lavoro nel suo fondo, o lo rimuove, e con ciò reca danno al fondo dominante. Ma chè di diritto, se un altro fece tale lavoro? Rispondi, come i testi.

Digitized by Google

LXXIV. *Secundo dubitari potest, an non solum dominus praedii dominantis possit cogere dominum praedii servientis, ut patiatur fundum suum purgare, vel opus refici, ut dixi: sed etiam dominus fundi superioris servientis, qui jure servitutis tenetur habere fossam in fundo superiori, ne aqua noceat vicino inferiori, si illa fossa indiget refectione, possit agere contra dominum praedii dominantis, ut eam reficiat taliter, quod non noceat fundo superiori servientis? Et dic quod sic*: ut est casus valde not. in l. in summa, § apud Alphenum, ff. de aqua plu. arcend. *secundum intellectum Paul. de Castr. et ibi gloss. intelligit illum textum aliter in causa e converso, qui intellectus etiam potest esse bonus. Et adde secundum eum ibi, quod quando fundus superior debet servitutem fundo inferiori, ut aquam retineat, si habet fossam in fundo suo servientem, tenetur pati, ut fiat opus jure servitutis: quatenus est necessarium ad ejus usum, licet ex hoc resultet damnum: sed si illud indiget refectione, non tenetur pati, nisi ut reficiatur* (1).

LXXV. *Tertio potest dubitari, an ille qui excludit aquam quam naturaliter, et jure servitutis, recipere in fundum suum tenebatur, ne in suum veniat, sed in alienum derivetur, teneatur* aqua plu. arcen. *et dicendum quod sic* (2): *et ideo si aqua de directo fluit in fundum tuum: et tu opere manu facto derivas aquam in meum, aliter quam per se ipsam naturaliter flueret, si forte opus factum non esset, vel si flueret non ita rapide, teneris mihi* aqua plu. arcen. *Et ita quando aqua non fluebat, nec cadebat de directo in tuum: et tu ne in tuum descenderet, opus fecisti, per quod ipsam derivas in meum: et tunc si erat imposita servitus ut eam tenearis recipere, vel si consuevisti longissimo tempore ipsam recipere, adeo quod non extet memoria in contrarium, non potest illam aquam a te excludere, et in meum derivare* (3): *sed ubi nulla servitus debetur, nec per dictum tempus aqua fluxisset, sed*

LXXIV. In secondo luogo si può dubitare, se non solamente il padrone del fondo dominante possa costringere il padrone del fondo serviente a soffrire che il suo fondo sia purgato o ristaurato il manufatto, ma eziandio il padrone del fondo superiore serviente, che per diritto di servitù è obbligato a tenere in esso una fossa, onde l'acqua non nuoccia al vicino inferiore, qualora la fossa abbisogni di riparo, possa agire contro il padrone del fondo dominante, onde la ristauri in tal guisa che non nuoccia al fondo superiore serviente. Rispondi che sì, secondo i testi del citato § *apud Alphenum*, e l'interpretazione che ne fa Paolo di Castro, benche la glossa lo intenda altrimenti in un caso contrario, la quale interpretazione può esser buona. Ed aggiungi secondo lo stesso, che quando il fondo superiore deve la servitù all' inferiore di ritener l' acqua, se ha una fossa nel suo fondo serviente, è tenuto a soffrire che il lavoro si faccia per diritto di servitù, per quanto è necessario al di lui uso, benchè da ciò gli derivi danno; ma se quel manufatto abbisogna di riparo, non è tenuto a soffrire se non il ristauramento.

LXXV. In terzo luogo si può dubitare, se quegli che caccia l'acqua, ch'era obbligato a ricevere nel proprio fondo naturalmente e per diritto di servitù, onde non venga in esso, invada nell'altrui fondo, sia tenuto coll'azione *de aqua pluvia arcenda*, e deve dirsi che sì. E però se l'acqua direttamente scende nel tuo fondo, e tu con lavoro manufatto la diverti nel mio, altrimenti da quello che sarebbe naturalmente se il lavoro per sorte non fosse fatto, o se essa non iscorresse così rapidamente, sei tenuto colla stessa azione. Così pure quando l'acqua non iscorreva, nè cadeva direttamente nel tuo fondo, e tu, affinchè non fluisse in esso, facesti un lavoro per cui la diverti nel mio; in tal caso, se era imposta la servitù che tu fossi tenuto a riceverla, o se costumasti riceverla per lunghissimo tempo così, che non rimanga memoria in contrario, non puoi cacciare quell' acqua e divertirla nel mio. Ma quando non è dovuta alcuna servitù, nè l'acqua

Digitized by Google

derivare in tuum, etiam si ibi nocet: an intelligatur etiam si ultra modum noceat? et dic, quod non (1); *et hoc etiam tenet Paul. de Castr.* (2) *qui hoc inducit per quaestionem illam, si fiat compromissum in arbitros vel arbitratores cum potestate, ut possint de jure unius dare alteri in parva seu magna quantitate: debet intelligi, nisi sit nimis magna et intolerabilis laesio* (3), *et pro praedictis facit: quia in dubio licet concessio facta per principem, intelligatur cum aliquo damno modico: tamen non intelligitur de maximo* (4): *et adde quod not. Paul. de Castr.* (5), *ubi si princeps concedit, quod in publico possim aedificare, et cum praejudicio tertiae personae, quod sufficit etiam si non exprimatur persona, cui sit praejudicium* argum. d. l. si Titius. *Sed circa praedicta, ego sic dicerem. Aut est facta concessio simpliciter, et intelligitur fine praejudicio magno, per praedicta jura. Aut est facta ut possim aquam in tuum fundum immittere, etiam si tibi noceat: et tunc intelligitur, etiam si fiat magnum praejudicium: ad hoc ut verba aliquid operentur* (6) *non tamen intellige de maximo aut intolerabili praejudicio* (7) *et pro hoc facit quod not. Imol.* (8) *qui dicit, si compromissum est factum simpliciter, poterit arbitrator modice laedere* (9). *Sed si est dictum, quod possit laedere partes, intellige de magna, et non de maxima laesione: quia de illa non videtur actum: et similiter si minor juraverit non contravenire, intelligitur si est modice laesus* (30*), *secus si dicatur ratione laesionis: quia tunc intelligitur de magna* (10).

nel tuo l' acqua che scorre dal mio, ancorchè ti nuoccia, s'intenderà forse ch'io possa far ciò se nuoce oltremodo? Rispondi che no, e così tiene anche Paolo di Castro, il quale induce ciò da quella questione, che se sia fatto un compromesso in arbitri colla potestà che possano giuridicamente dare la roba di uno ad un altro in piccola o grande quantità, sottintendere si deve purchè non sia fatta una lesione troppo grande ed intollerabile. E per le esposte cose serve l'esempio; che nel dubbio, sebbene la concessione fatta dal principe s' intenda colla clausola di qualche moderato danno di altri, tuttavolta non s' intende di un massimo, come dicono i testi ed i Dottori; ed aggiungi ciò che nota il Castrense, il quale dice, che se il principe concede che io possa fabbricare nel pubblico con pregiudizio di una terza persona, ciò basta, anche se non è espressa la persona, cui si reca danno. Ma circa le esposte cose io direi così. O la concessione è fatta semplicemente, e s'intende fatta senza grande pregiudizio. Od è fatta, affinchè io possa mandar l'acqua nel tuo fondo, sebbene ti nuoccia, ed allora si sottintende: ancorchè sia recato grande pregiudizio, perciò che le parole abbiano qualche effetto; non però devi sottintendere un massimo ed insopportabile danno. Giova a tal uopo ciò che nota l' Imolese, il quale dice: se il compromesso è fatto semplicemente, l' arbitratore potrà ledere moderatamente: ma se è detto, che possa ledere le parti, intendi convenuto di una grande lesione, non già di una massima; perchè di questa non sembra pattuito; e similmente se un minore avrà giurato di non contravvenire, s' intenderà tenuto qualora sia leso (30*) moderatamente; ed altrimenti, se avrà giurato rispetto alla lesione, perchè allora s'intenderà anche di una grande.

LXXVII. *Dubitari potest circa secundum, quando natura loci subest, nec aliqua pactio intervenit. dic quod regulari-*

LXXVII. Circa il secondo caso può sorger dubbio, allorquando v' entri la natura del sito, nè sia stata fatta alcuna convenzio-

(1) *Ut est text. multum notabilis in d. l. in summa, § illud etiam, facit ad hoc l. unius, ff. de serv. urb. praed.*

(2) *In d. § illud.*

(3) *De quo per Barthol. in l. si societatem, et arbitrorum, ff. pro socio. et per Baldum. et Dd. in l. cum antea, de arbit. et Canonist. in c. Quinta rescript.* et pro hoc facit optime *l. si quis sepulchrum, in princ. ff. de religiosis et sumpt. fun.* et quod not. Barthol. *in l. quominus in quaest. ff. de flumin.*

(5) *In l. si Titius, in princip. circa fin. primae colum. ff. de lib. et posthu.*

(6) *Arg. l. si quando, ff. de lega. 1. cum simil.*

Digitized by Google

ter fundus inferior tenetur recipere aquam provenientem ex fundo superiori: et ista est quaedam servitus naturalis, et lex naturae (1): *etiam si aqua fundo inferiori noceat* (2). *Et pone exemplum si aqua, fluens ex monte, vel loco meo superiori, descendit in tuum, eam teneris recipere, nec potes me compellere, ut faciam fossam vel aggeres in fundo meo per quos aqua retineatur, quia fundus tuus inferior in hoc naturaliter servit fundo meo superiori, quando aqua naturaliter descendit, ut dictis jurib. Sed ista regula fallit. Primo, quando opere manu facto per superiorem aqua derivaretur in fundum inferiorem: quae non flueret, si opus factum non esset. Secundo fallit quando aqua quae solebat fluere in fundum inferiorem non rapide, propter opus factum rapide flueret* (3): *vel si propter opus fleret quo aliter aqua flueret, quam natura solet, si forte immittendo eam aut majorem fecerit, aut velociorem, aut in comprimendo redundare fecit* (4): *nisi imposita sit servitus ad hoc*: ut d. l. 2. § fin.; *et ibi hoc notat Paul. de Castr. qui dicit illum text. limitare omnia jura, quae dicunt actionem pluviae arcendae dari contra illum, qui opere manu facto aquam fluentem in suo, derivat in fundum vicini, ut aliter discurrat, quam per se naturaliter discurreret*: ut d. l. 1, § 1, *quia illa procedunt, nisi imposita sit servitus illi fundo, in quem derivat* (5). *Tertio fallit, quando aqua non fluebat, nec cadebat de directo in tuum, sed alibi: et postquam ceciderat, descendebat in tuum: et tu ne in tuum descenderet, opus fecisti, propter quod aqua derivatur in meum, et tu non consuevisti eam recipere, sed demum incipit in tuum derivari: nam tunc potes eam excludere opere facto, et non teneris, licet in meum derivetur, quando quis potest aquam avertere, et curare ne in suum fundum influat, si modo non animo nocendi fiat, sed ne sibi noceat* (6). *Et ideo si tu dominus fundi inferioris in ingressu tui fundi vis facere aggeres, propter quod*

ne. E tu di', che di regola il fondo inferiore è obbligato a ricever l' acqua che proviene dal superiore; e questa è una certa servitù naturale, ed una legge di natura, ancorchè l' acqua nuoccia al fondo inferiore. Poni un esempio. Se l'acqua che scende dal monte, o da un mio luogo superiore, scorre nel tuo, tu sei tenuto a riceverla, nè puoi forzarmi a fare una fossa od argini nel mio fondo che valgano a ritenerla, perchè il tuo fondo inferiore in ciò serve naturalmente al mio superiore, allorchè l' acqua discende naturalmente. Ma questa regola fallisce, 1.° quando l' acqua è derivata dal fondo superiore all' inferiore, mediante un manufatto, il quale se non fosse, essa non iscorrerebbe; 2.° quando l'acqua, che soleva scorrere nel fondo inferiore non rapidamente, in forza del manufatto scorresse con celerità, oppure, se pel manufatto accadesse che l' acqua scorresse diversamente da quello che suole in natura, qualora per avventura coll' immettere fosse fatta maggiore o più veloce, o si facesse risaltare col comprimerla; purchè però non fosse imposta una servitù speciale a tal uopo, giusta la legge 1.ª § *Neratius ff. de aqua pluv. arc.* Sulla quale il Castrense nota, che quel testo limita tutti gli altri, che dicono competere l' azione *de aqua pluvia arcenda* contro di quello, che mediante un manufatto diverte nel fondo del vicino l' acqua che fluisce nel proprio, onde scorra diversamente dal modo naturale; perchè que' testi procedono qualora non sia imposta servitù al fondo, al quale la si diverte; 3.° quando l' acqua non iscorreva, nè cadeva direttamente nel tuo, ma bensì altrove, e dopo ch' era caduta, discendeva nel tuo; e tu, affinchè non iscendesse, facesti un' opera, per cui fu mandata nel mio; e tu non costumasti riceverla, ma infine cominciò a venire nel tuo. In tal caso tu puoi espellerla, e non sei tenuto pel manufatto, benchè derivi nel mio; essendochè ciascuno possa allontanar l'acqua, e procurare che non iscenda al suo fondo, purchè nol faccia con animo di nuocere, ma bensì ond' essa non gli nuoccia. Epperò se tu, pa-

Digitized by Google

ille tertius non potest agere contra te, ut tenearis aquam recipere, et eam a te non excludere, quia quantum ad illum tertium, tuus fundus non servit naturaliter sicut servit fundo superiori, ex quo aqua descendit (1); *et istud procedit, quando tu dominus fundi inferioris non consuevisti aquam in tuo recipere per tantum tempus, cujus non extat memoria in contrarium: vel quia servitus de hoc non fuisset imposita: alias si dicto tempore consuevisset fluere, vel servitus fuisset imposita, non posses eam divertere* (2). *Et dixi supra* in 2 fallentia, in fine *quod est bene notandum: quia declarat totum illum titulum*, ff. de aqua pluv. arcend. *Quarto fallit, quando superior habebat fossam in fundo suo naturalem, non manufactam, vel quasi naturalem, quia memoria non extabat de dicta fossa, licet manu facta fuerit: vel quando non erat naturalis fossa, sed manu facta, et extabat de ipsa memoria, sed jure servitutis facta erat. Nam omnibus istis casibus inferior dominus non cogitur dictam aquam recipere in fundum suum: et si fovea esset rupta, vel aggeres destructi, posset superior cogi, ut pateretur refici* (3). *Secus si non habeatur dicta fossa jure servitutis, et extabat ejus memoria, et erat manu facta, quia tunc inferior regulariter ipsam aquam cogitur in suum fundum recipere, per praedicta, imo plus etiam, si fovea esset destructa: puta quia in fundo superiore aquarum concursus excavabat locum, propter quem aqua retinebatur, ne descenderet in fundum inferiorem: postea illa excavatio est destructa vel repleta: vel quia aggeres fecerat dominus superior in fundo suo, postea ex impetu aquarum destructi sunt: vel etiam ipse dominus superior authoritate propria destruxit: nunc dominus inferior vult agere, ut superior patiatur foveam purgare, vel eam, aut aggeres reficere, et certe non potest: quia illa fovea non erat naturalis: quia de novo facta, nec quasi naturalis, quia extabat memoria: nec erat ibi jure servitutis, sed casualiter posita, vel facta. Et similiter dicendum de aggeribus. Unde si ipsos fecisses sponte, posses removere: ita*

perchè quel terzo non può agire contro di te, onde sia tenuto a ricever l'acqua e non cacciarla dal tuo fondo; imperocchè rispetto a quel terzo il tuo fondo non serve naturalmente, come serve al fondo superiore, dal quale scende l'acqua. E questo procede, allorchè tu padrone del fondo inferiore non costumasti ricever l'acqua in esso per tanto tempo di cui non resti memoria in contrario, o qualora non fosse imposta servitù intorno ciò; altrimenti, se entro il detto tempo avesse usato scorrere, o fosse imposta la servitù, perchè allora non potresti divertirla. Di ciò discorsi nella 2.ª eccezione, ed è bene notarlo, perchè spiega tutto il titolo del Digesto *de aq. pluv. arc.* In 4.° luogo fallisce, allorchè il proprietario superiore aveva una fossa naturale nel suo fondo, non già manufatta o quasi naturale, perchè non restava memoria di detta fossa, benchè fosse fatta a mano; oppur quando la fossa non era naturale, ma manufatta, e restava memoria di essa, ed era stata fatta per diritto di servitù. Imperocchè in tutti questi casi il padrone inferiore non è costretto a ricever l'acqua nel suo fondo, e se la fossa è rotta o distrutti gli argini, il superiore può esser forzato a soffrire che sieno riparati. Diversamente, se non si aveva la detta fossa per diritto di servitù, e restava memoria di lei, ed era manufatta, perchè allora l'inferiore di regola è costretto a ricevere la stessa acqua nel tuo fondo, anzi più ancora, se la fossa fosse distrutta: per esempio, perchè la massa dell'acqua scavava nel fondo superiore il luogo nel quale si riteneva, onde non iscendesse all'inferiore; poscia quella escavazione fu tolta o colmata; oppure perchè gli argini, che il padrone superiore avea innalzati nel suo fondo, furono distrutti dalla furia dell'acqua; o perchè anche il detto padrone li distrusse di autorità propria. Ora il padrone inferiore vuole agire, affinchè il superiore soffra che la fossa sia purgata, e rifatta la stessa o gli argini; e certamente nol può, perchè quella fossa non era naturale, ma fatta a mano, nè quasi naturale, perchè restavane memoria; nè esisteva per diritto di servitù, ma era posta o fatta a caso. Similmente si deve dire degli argini. Laonde, siccome se tu li avessi innalzati spontaneamente, li potresti torre via; così pure lo puoi, se sono fatti

(1) *Ut est casus not. in d. l. in summa, § idem Labeo, el. 2. et ibi hoc tenet Paul. de Castr.*

(2) Et iste est casus *in d. l. 2. in § Neratius: cum gloss. in versic. cogetur tollere. de aqua plu. arcend.*

(3) *Ut supra dictum est, et probatur in l. 1. § apud Labeonem. ff. de aqua plu. arcend.* et ibi hoc tenet Paul. de Castr.

Digitized by Google

et si casualiter facti sunt: secus si essent ibi jure servitutis, vel non extaret memoria (1).

LXXVIII. *Et ex hoc not. quod si propter inundationem aquarum propria authoritate in rivo, sive fovea, vel in aggeribus fecisti coronellas, ne aqua superabundans flueret in fundum tuum, potes impune eas similiter removere: quia sicuti voluntarie eas fecisti, ita voluntarie potes eas destruere: nec teneris pati, ut reficiantur, nisi servitus esset imposita* (2) *quod perpetuo tene menti.*

LXXIX. *Circa tertium, quando nulla est conventio* (31*), *nec loci natura servitutem imponit, quia loca sunt plana, et loci vetustas subest, tunc illa est servanda tanquam lex* (3). *Sed talis vetustas habet vim quasi servitutis impositae* (4). *Et not. quod haec servitus acquisita per vetustatem seu praescriptionem tantum operatur regulariter, quantum servitus acquisita per conventionem: quia sicuti praescriptione quaeritur utile dominum* (5), *ita utilis servitus, non directa, quaeritur per praescriptionem* (6); *in hoc tamen differunt, quia servitute quaesita per conventionem, est directa actio confessoria* (32*) (7). *Sed servitus quaesita per praescriptionem, dicitur utilis, quia competit actio utilis* (8).

LXXX. *Sed circa istam vetustatem seu praescriptionem quaeritur quantum temporis requiratur? Dic aut est talis servitus aquaeductus quae habet causam continuam vel quasi continuam: tunc regulariter sufficiunt 10 anni inter praesentes, et 20 inter absentes* (9). *Aut habet causam discontinuam: et tunc requiritur tantum tempus, cujus initii memoria in contrarium non existat* (10).

LXXXI. *Quando autem dicatur habere servitus causam continuam, vel quasi discontinuam,* vide in l. (11); *et quando dicatur tantum tempus, quod non extat memoria in contrarium: an et quando alle-*

(1) *Ut probat. in d. l. in summa. § apud Namusam. et ibi hoc not. Paul. de Castr. conjuncto. § idem sit si in aqua, et in d. § item apud Labeo-*

casualmente. Diversamente però, se esistessero per diritto di servitù, o non restasse memoria di loro.

LXXVIII. Da ciò procede il notabile, che se a cagione dell' innondazione delle acque hai costrutto di propria autorità coronelle nel rivo, o nella fossa, o negli argini, onde l' acqua soverchia non venisse nel tuo fondo, puoi del pari impunemente torle via, perchè, siccome le hai fatte volontariamente, così pure puoi volontariamente distruggerle, purchè non fosse imposta servitù; lo che in perpetuo rammenta.

LXXIX. Circa il terzo, quando non vi ha alcuna convenzione (31*), nè la natura del sito impone la servitù, perchè i luoghi sono piani e resta l' antichità del luogo, allora questa si deve osservare come legge. E tale antichità ha forza quasi di una servitù imposta. E nota, che questa servitù acquistata per vetustà o prescrizione opera tanto di regola, quanto quella acquistata per convenzione; perchè, come colla prescrizione si acquista l' utile dominio, così pure s' acquista l' utile servitù, non già la diretta. Nondimeno differiscono in ciò, che la servitù acquistata per convenzione produce l'azione diretta confessoria (32*), mentre quella acquistata per prescrizione si dice utile, perchè dà un' azione utile.

LXXX. Ma circa questa vetustà o prescrizione si chiede quanto tempo occorra a fondarla? Rispondi. Od è tale servitù di acquidotto, che ha una causa continua o quasi continua, ed allora di regola bastano 10 anni fra presenti e 20 fra assenti. Od ha una causa discontinua, ed allora si richiede tanto tempo, del cui principio non esista memoria in contrario.

LXXXI. Quando poi si dica, che la servitù ha causa continua o quasi-continua, vedilo ne' testi; e quando il tempo si dica tanto, che non resti memoria in contrario, e così pure se e quando coll' allegazione del

(7) *Ut l. 1. § 1. et ibi plene per Flor. ff. si serv. vend. et per Bart. in l. si prius. ff. de aqua plu. aestiv.*

Digitized by Google

gando titulum sufficiat tempus 10 *vel* 20 *annis* vide quae plenissime scripsi supra in 1 lib. in 8 qu. prin. (1); *et communis opinio est, quod sufficiant* 10 *vel* 20 *anni, cum allegatione ut hic, et ubi etiam requiritur tantum tempus, cujus initii memoria non existat in contrarium: et dicit Imo.* (2) *quicquid ibi dixit Ludo. de Ro. qui conatur in hac materia concordare opin.*

LXXXII. *Sed dubitari potest an si aqua solita est discurrere ad fundum vicini per plures rivos, possit nunc transmitti in unum rivum tantum? Et dicas quod sic* (3). *Item quid si aliquis solebat hortum suum certo tempore irrigare: et de horto fecit pratum, et vult pratum irrigare, et assidua irrigatione vicino nocet, an teneatur damni ins. vel de* aqua plu. arcen. *et dic, quod non* (4). *Et ex hoc not. secundum Imo. ibi quod ubi servitus aquae simpliciter horto debetur, trahitur etiam ad pratum, quia sic in eodem loco, vel territorio* (5), *nisi locum horti complanaverit, eoque facto aqua citior ad vicinum venire caeperit* (6), *quod intellige secundum Paul. ibi, quando sine hoc poterat fundum colere: secus si non posset aliter, quam explanando: quia tunc non teneretur, ex quo illud sit gratia culturae* (7).

LXXXIII. *Circa quartum et ultimum, quando non est aliqua conventio, nec natura loci aliquid declarat, nec sua est loci vetustas, quid tunc de aquis servandum est? Dic regulariter, neminem posse aquam, quae in fundo suo est, in alium fundum ducere invito vel ignorante domino* (8), *imo si ducatur, potest vicinus propria authoritate destruere* (9). *Item non potest aliquis aquam ex suo fundo te invito ad tuum fundum ducere* (10). *Nec etiam potest aqua quis uti in suo lavando stercora, ita ut foetor seu malus odor inficiat vicinum* (11). *Nec etiam potest quis aquam perturbare, quae decurrit de uno loco ad*

titolo basti il tempo di 10 o 20 anni, vedilo nel libro 1.°, 8.ª questione princ. Ed è comune opinione, che bastino 10 o 20 anni coll' allegazione del titolo, e che sia necessario tanto tempo, del cui principio non rimanga memoria in contrario; e l' Imolese ripete in proposito ciò che disse Lodovico Romano, il quale si sforza di accordare le opinioni su questo punto.

LXXXII. Ma si può dubitare, se l'acqua ch'è solita a scorrere al fondo del vicino per più rigagnoli, si possa adesso trasmettere per un solo rivo? Rispondi che sì. Del pari, che di diritto, se alcuno soleva irrigare il suo orto in certo tempo, e di esso formò un prato ed ora voglia irrigarlo di bel nuovo, e colla continua irrigazione nuoccia al vicino; sarà ei forse tenuto del danno temuto, o coll'*aqua pluv. arc.?* Rispondi che no. E da ciò traggi il notabile, secondo l' Imolese, che quando la servitù d'acqua è dovuta semplicemente all' orto, si estende anche al prato, perchè è posto nello stesso sito o territorio; purchè il luogo dell'orto non sia stato appianato, e perciò l' acqua abbia principiato a venire al vicino più velocemente. Lo che, secondo Paolo, intendi procedere, quando senza ciò il proprietario poteva coltivare il fondo, e no, se non lo poteva senza appianarlo; perchè allora non sarebbe tenuto, avvengachè ciò si faccia in grazia della coltura.

LXXXIII. Intorno il quarto ed ultimo caso, quando non v' è alcuna convenzione, nè la natura del luogo offre alcuna spiegazione, ned ha luogo la sua vetustà, che si deve osservare circa le acque? Rispondi, che di regola nessuno può condurre nell' altrui fondo l' acqua, ch' è nel suo, contro voglia o nell' ignoranza del di lui padrone; anzi se vien condotta, può il vicino distruggere il lavoro di propria autorità. Così pure nessuno può condurre l' acqua dal suo fondo al tuo senza il tuo consenso. Ed ancora nessuno può usare nel suo dell'acqua col lavare le immondizie così, che il fetore o cattivo odore contamini il vicino. Così pure nessuno può turbar l' acqua, che scorre da un

Digitized by Google

alium (1), *nisi ad illum usum esset deputata secundum Angel. et Imol. et Lud. ibi et etiam Paul. qui dicit, quod si dominus fecit fossas vel rivos, in quibus congregatur aqua ad lavandum pannos, licet postea per rivos derivet in fundum vicini, dicitur moderate uti, et non tenetur: secus si lavaret utres, et sic faceret spurcam aquam, ut putredines deriventur in fundum vicini* (2), et ibi Barth. not. *illum contra lavantes pannos in summitate fluminis alicujus, quia possent prohiberi, quia per tale lavacrum communes aquae deturpantur. Sed lavando in inferiori parte fluminis non potest corrumpi pars superior, et ideo lavans prohiberi non potest per illum textum et not. bene* d. l. cum supra *quia vult, quod cum milites consistunt supra ripas fluminis, nullus eorum debet aquam sordidam reddere, seu mulos vel equos sudantes imponere, sed procul in inferiori parte fluminis, quod not. contra scutiferos lavantes equos sudantes in flumine vel alveo publ. ad quem habetur cursus pro necessitate vel delectatione, et similiter not. contra pedissequas vel mulierculas lavantes pannos vel res immundas per civitatem aut villam: quod intellige, nisi esset aqua deputata ad illum usum vel solitum ita lavari* (3). *Item non potest quis aquam calidam, puta faciendo balneum immittere in fundum alienum* (4), *quia aqua calida noceret fundo vicino immoderate, ut ibi aliquando tamen aquae calidae sunt utiles et necessariae pro irrigandis agris ut Hierapoli; constat enim apud Hierapolitanos in Asia calida aqua agrum irrigari, et de istis etiam aquis competunt interdicta, sicut pro aquis frigidis* (5). *Sed videtur, quod nullo modo possit quis aquam ex fundo suo in alienum immittere, etiam non spurcam nec calidam: quia licet in suo quis possit uti aqua, et qualibet re sua* (6), *tamen non potest in alienum immittere* (7). *Sed pro solutione distingue: aut aqua primo de fundo vicini in tuum fundum de-*

luogo all' altro, se non è destinata a quell' uso, secondo Angelo, Lodovico e Paolo; il qual dice, che se il padrone formò alcune fosse o canali, nei quali raccolse l'acqua per lavare i panni, benchè poscia questa vada mediante rivi al fondo del vicino, si dice usarne moderatamente, e non è tenuto; diversamente però qualora lavasse i vasi, e così rendesse sporca l'acqua, di guisa che la feccia andasse al fondo del vicino. E Bartolo nota ciò contro coloro che lavano i panni nell'alto di un fiume di alcuno, perchè questo può venir loro proibito, essendochè in forza di tal lavatura si corrompano le acque comuni. Ma lavando nella parte inferiore del fiume non può corrompersi l' acqua superiore, e perciò questo non può esser vietato, in forza del testo della legge *Apud Trebatium ff. de aq. pluv. arc.* E nota bene, che vuole, che quando i soldati stanno sulle rive del fiume, nessuno d' essi possa lordar l' acqua, nè spingervi dentro muli o cavalli sudanti, ma bensì li debbano condurre nella parte inferiore del fiume; lo che dee notarsi contro gli scudieri, che lavano i cavalli sudanti nel fiume od alveo pubblico, nel quale si va per necessità o diletto; e similmente dee notarsi contro le fantesche e donnicciuole, che lavano i panni o robe sporche per la città o pei villaggi; il che intendi procedere, qualora l' acqua non fosse destinata a quell' uso, o non fosse costume di lavare in tal guisa. Del pari non può alcuno mandare acqua calda nel fondo altrui, per esempio, costruendo un bagno, perchè essa nuocerebbe oltremisura al vicino fondo. Nondimeno talvolta le acque calde sono utili e necessarie per irrigare i campi, come in Gerapoli; imperocchè si sa, che presso i Gerapolitani in Asia la campagna s' irriga coll'acqua calda, e circa quest'acque competono gli interdetti, come per l' acqua fredda. Ma sembra che in nessun modo alcuno possa immettere acqua dal suo fondo nell' altrui, ancorchè nè sporca, nè calda; perchè sebbene ciascuno possa usare dell' acqua nel suo, e di ogni sua cosa, nondimeno non può immettere nell' altrui. Ma per isciorre sì fatto nodo, distingui. O l' acqua primamente dal fondo vicino è man-

Digitized by Google

rivatur: et tunc licitum est tibi in eundem fundum remittere (1). *Aut aqua non pervenit ex fundo vicini, sed ex tuo: et tunc aut ego volo facere in meo, et immittere in tuum fundum tale quid, quod per seipsum non fluaret in tuum, et non possum; et ita loquuntur contraria* (2). *Aut volo immittere in tuum id, quod per se fluit, ut puta faciendo ibi rivos, et dimittendo ibi aquam, quae per se discurrit, et tunc subdistingue: aut facio hoc moderate, quatenus expedit ad usum familiae, et possum* (3), *aut immoderate, et non possum* (4).

LXXXIV. *Quando autem dicatur fieri immoderate et moderate? Dic moderate, quando pro usu tantum familiae: immoderate, quando ultra usum familiae* (5), *vel quando aqua corrumpitur, seu interrumpitur, vel immitterentur putredines, vel quando fieret balneum, ex quo immitteretur aqua calida* (6), *nisi aqua calida prodesset* (7).

LXXXV. *Occurrit alia quaestio, an ille, cui debetur servitus aquaeductus, possit arcum lapideum facere causa aquae ducendae? Dic aut vult facere arcum seu pontem in loco, quo alteri debetur servitus itineris, et non potest. Aut non vult facere in loco, quo alteri debetur servitus causa transeundi, et potest* (8), *et similiter domus praedii servientis non potest facere pontem in praejudicium ejus, cui debetur servitus aquaeductus* (9).

LXXXVI. *Sed nunquid habens servitutem, vel jus aquae ducendae possit arcum seu pontem lapideum facere supra aquaeductum alienum? dicas quod non, si turbaret ejus aquam* (10), *et eodem modo non posset supra aquaeduct. alium aquaeductum facere, si nocet inferiori* (11).

LXXXVII. *Sed quid e contra, an ille qui habet servitutem itin. possit facere pontem supra locum per quem ducitur aqua, invito eo, cui debetur servitus aquae-*

(1) *Ita loquitur d. l. apud Trebatium, ut dicit ibi gloss. magna, secundum unum intellectum.*

data nel tuo, ed allora ti è permesso respingerla nello stesso fondo. O l' acqua non proviene dal fondo del vicino, ma dal tuo; ed allora, o voglio fare nel mio ed immettere nel tuo qualche cosa, che per sè stessa non scorresse nel tuo, e non lo posso. O voglio immettere nel tuo ciò, che per sè scorre, per esempio, col far ivi canali e mandar l' acqua per essi, la quale fluisca di per sè, ed allora suddistingui: O faccio questo moderatamente, per quanto serve all'uso della famiglia, e lo posso; o smoderatamente, e non lo posso.

LXXXIV. Quando poi si dice operarsi moderatamente e smoderatamente? Rispondi: moderatamente, quando si fa pel solo uso della famiglia; smoderatamente, quando oltre quell' uso, oppur quando l' acqua si corrompe o si ferma, o si gettano in essa immondizie, ovver quando si costruisce un bagno, dal quale si manda acqua calda, purchè questa non giovasse.

LXXXV. Ecco un'altra questione. Quegli, cui è dovuta la servitù d' acquidotto, può forse costruire un arco di pietra per condur l' acqua? Rispondi: O vuol fare un arco o ponte nel luogo, in cui è dovuta ad altri una servitù di passaggio, e nol può. O vuol farlo in luogo, nel quale essa non è dovuta, ed il può. Similmente il padrone del fondo serviente non può costruire un ponte in pregiudizio di quello, cui è dovuta la servitù d' acquidotto.

LXXXVI. Ma forse chi ha la servitù od il diritto di condur l' acqua, può costruire un arco o ponte di pietra sopra l' altrui acquidotto? Rispondi che no, se turbasse la di lui acqua; e nello stesso modo non potrebbe sopra l' acquidotto costruire un altro acquidotto, se nuocesse al sottoposto.

LXXXVII. Ma all' opposto, quegli che ha la servitù di passaggio può forse fabbricare un ponte sopra il luogo pel quale si conduce l' acqua, contro voglia di quello, cui è dovuta la servitù d' acquidotto?

(6) *Ut d. l. apud Trebatium, in princ. et § 1. cum ibi not.*

Digitized by Google

ductus? Et videtur quod sic, per d. l. (1). *In contrarium videtur supra esse text.* (2). *Tu vero concorda secundum gloss. et Doct. ibi: Aut ille, qui habet servitutem itineris, potest ire et uti sua servitute sine ponte, et non potest pontem facere* (3). *Aut non potest aliter transire: et tunc aut vult facere pontem lapideum, qui de facili non posset removeri: et idem quia non potest* (4) *quae intellige, quando ille locus alteri servit, puta: quia in eo debetur servitus aquaeductus, ut dixi, sed si alteri non servit, tunc habens servitutem itineris, posset pontem lapideum facere* (5). *Aut vult facere pontem, puta lignum, qui de facili posset removeri, et potest. Et est ratio in hoc casu: quia ille cui debetur servitus, potest facere in praedio servientis omne id, sine quo non posset uti servitute* (6). *Item ratio inter pontem de lignis, et pontem lapideum potest esse secundum Barthol.* (7) *quia quando est pons de lignis, non impeditur purgatio rivi, quod de facili tolli potest: quod fieri non posset, quando esset pons lapideus. Et adverte, quia pons dicitur proprie de lignis, sed arcus lapideus non dicitur proprie pons* (8). *Sed communis usus loquendi aliter se habet, cui standum est secundum Barthol. et Doct.* (9).

LXXXVIII. *Sed quid si ille, cui debetur servitus per rivum aquaeductus in fundo vicino, vult juxta pontem facere fossam, in qua congregentur aquae, et ipsas postea per rivum ducere? Dic quod non potest: quia posset aqua ibi corrumpi, et dare damnum praedio servienti* (10) *secundum Jacob. de Aret. et Doct. ibi.*

LXXXIX. *Item nunquid ille, qui habet jus aquae ducendae de rivo, possit cuniculum subterraneum facere, per quem ducat aquam? Et text.* in d. l. supra iter in princ. *sentit quod sic, dum dicit cuniculum: quasi dicat, si vellet facere, posset: gloss. tenet contrarium, quod quan-*

Sembra che sì per un testo, e no per un altro. Tu poi li accorda secondo la glossa ed i Dottori. O quegli, che ha la servitù di passaggio, può passare ed usare della sua servitù senza ponte, e non può costruirlo. O non può altrimenti passare, ed allora, o vuol fare un ponte di pietra, che facilmente non possa esser tolto, ed egualmente nol può; lo che intendi procedere, allorquando quel luogo serva ad altri, per esempio, perchè in esso è dovuta la servitù d' acquidotto, come dissi; ma se non serve ad altri, allora chi ha la servitù di passaggio potrebbe fare un ponte di pietra. O vuol fare un ponte, esempigrazia, di legno, che facilmente può venir tolto, ed il può fare. E la ragione in questo caso è, che quegli, cui è dovuta la servitù, può fare nel fondo serviente tutto ciò, senza cui non potrebbe usare della servitù. Parimente la ragione della diversità fra il ponte di legno e quello di pietra può esser questa, secondo Bartolo: che quando il ponte è di legno, non resta impedito il purgamento del canale, perchè facilmente può venir tolto; il che non si potrebbe fare, ove fosse di pietra. Ed avverti, che il ponte di legno si dice propriamente ponte, non già l' arco di pietra. Ma il comun uso di dire vuole altrimenti, al che si deve stare, secondo Bartolo ed i Dottori.

LXXXVIII. Ma che di diritto, se quegli cui è dovuta la servitù mediante un rivo nel fondo del vicino, dell' acquedotto vuol fare una fossa presso il ponte, nella quale si raccolgano le acque, onde poscia condurle per il rivo? Rispondi, che non può, perchè l' acqua potrebbe corrompersi e recar danno al fondo serviente, secondo Giacomo d' Arezzo ed i Dottori.

LXXXIX. Del pari, colui che ha il diritto di condur acqua dal rivo, può forse fare un canale sotterraneo, e per esso condurla? Il testo della legge *supra ff. de aq. pluv. arc.* sta per il sì, mentre dice *cuniculum*, quasi dicendo, se lo volesse fare, il potrebbe; ma la glossa tiene il contrario,

Digitized by Google

potest, invito domino praedii servientis (1). *Et adde praedictis: quod ille, qui avertit aquam de publico aquaeductu, quando habet id ex privilegio principis, vel consuetudine, debet ipsam ducere per castellum vel aliud foramen, et non per fistulas, ne matrices fistulae corrumpantur, et contra faciens perdit beneficium ducendi aquam, et etiam punitur in corpore* (2) *et qui trahit aquam ex flumine publ. debet gratis trahere, nihil solvendo pro tali deductione aquae* (3).

XC. *Superest alia quaestio, quis teneatur manu tenere rivos, et eos purgare et aggeres reficere* (33*), *cujus expensis? In qua ita distingue: aut loquimur de aqua publica, aut de privata. Si de publ. videtur quod debeat conservari, et manu teneri expensis publicis, secundum Flor.* (4) *pro quo facit, quia in dubio videtur quis facere opus in utilitatem reipubl. sumptu publ.* (5). *Item quia quis non debet gravari duplici onere* (6). *Sed in contrarium facit, quia dominis praediorum, per quae transit aquaeductus, publica concedetur immunitas ab extraordinariis muneribus, super indictionibus nomine illorum praediorum imponendis, ut fossas sive aquarum ductus repletos purgent:* ut est text. in l. 1. C. de aquaeduct. libr. 11, *et propterea videtur, quod suis expensis facere teneantur, ex quo propter hoc recipiunt commodum: quia ad quem spectat lucrum debere spectare damnum* (7). *Item quis in uno relevatur, in alio debet gravari* (8). *Item pro hoc optime facit* l. suo victu, et l. quod nisi in princ. ff. de oper. lib. *ubi dicitur, illum qui tenetur praestare operas debere praestare suis expensis, et pro hoc est gloss.* (9) *quae vult, quod scriptores teneantur scribere cum suo atramento, et ibi per Angel. et Joan. de Imol. Facit etiam ad hoc quod not. gloss. Bald. et Dd.* (10). *Ego in hoc articulo ita distinguerem: aut est lex vel consuetudo declarans quis debeat purgare locum publicum,*

padrone del fondo serviente. Ed aggiungi secondo le predette cose, che quegli che diverte l' acqua dal pubblico acquidotto, quando ciò fa per privilegio del principe o per consuetudine, la deve condurre mediante un castello od altro forame, non già per condotti, affinchè le matrici del condotto non si corrompano; e chi non osserva ciò perde il beneficio di condur acqua, e viene eziandio punito nel corpo. E chi trae l' acqua dal fiume pubblico, deve trarla gratuitamente, nulla pagando per tal uopo.

XC. Resta un' altra quistione, cioè, chi sia obbligato a mantenere i canali, a purgarli, a ristaurare (33*) gli argini, ed a spese di chi? Nella quale distingui così. O parliamo dell' acqua pubblica, o della privata. Se della pubblica, sembra che debba essere conservata e mantenuta a spese pubbliche, secondo Floriano; e vale per ciò la ragione, che nel dubbio ognuno sembra lavorare per vantaggio della cosa pubblica, e a spese pubbliche. Parimente, che nessuno dev' esser gravato di un doppio peso. Ma per l' opposto sta, che ai padroni dei fondi, pei quali passa l' acquidotto, è concessa la pubblica immunità dai pesi straordinarii circa le imposizioni da farsi a nome degli stessi, affinchè espurghino le fosse o gli acquidotti colmati; e però sembra, che sieno obbligati a far ciò a loro spese, dacchè per ciò sentono un vantaggio; ed invero a chi spetta il lucro deve pure spettare il danno. Del pari, chi è alleviato in una parte dev' esser gravato nell' altra. Del pari giova a quest' uopo la legge *suo victu*, e la legge *quod nisi ff. de op. lib.*, ov'è detto che quegli, il quale dee prestare le opere, dee prestarle a sue spese; e tale opinione è rafforzata dalla glossa, la quale vuole, che gli scrittori sieno tenuti a scrivere col loro inchiostro. Giova a ciò pure quello, che notano Baldo ed i Dottori. Io però in questo punto così distinguerei: O vi è una legge o consuetudine, che dichiara chi deve purgare il luogo pubblico ed a spese di chi, e quella

(1) *Per l. 1. § fin. cum l. seqq. ff. de rio. se-*

l. cum navicularioruin in fin. Codic. de navi. et l.

Digitized by Google

et cujus expensis, et illa est servanda (1). *Aut non est consuetudo, et tunc princeps, vel superior, cujus est locus publicus, recipit vectigalia vel pedagia fluctuum et viarum, et pontium a navigantibus et transeuntibus: et tunc tenetur sumptibus de publico ea loca purgari facere, non autem tenentur subditi sumptibus suis* (2).

XCI. *Item pro hoc facit, quod eleganter dixit Arch.* (3), *ubi singulariter vult, quod Comites et Barones, et alii superiores colligentes pedagia et vectigalia, teneantur itinera et strutas tenere securas, propter hoc: quia colligunt d. vectigalia alioquin tenentur ad emendationem perditorum, si in defectu justitiae inveniantur* (4). *Item tenet Host.* (5) *et idem tenet Flor.* (6), *quod intellige quando scivit, et prohibere potuit, alias secus* (7). *Aut princeps vel superior non recipit vectigalia: et tunc aut recipit aliam utilitatem, puta piscationes, vel salinas, vel alias utilitates* (8) *et idem eadem ratione* (9), *aut non recipit aliquam utilitatem: et tunc subditi suis sumptibus purgare tenentur, prout ex eo utilitatem recipiunt, etiam si sint ecclesiae* (10). *Si vero loquimur de aqua privata: tunc aut est propria, et nulli debet servitutem, et domino incumbit onus purgandi sumptibus suis: aut debet servitut. alteri, et regulariter in omnibus servitutib. refectio ad eum pertinet, qui sibi servitut. asserit; non ad eum cui res servit, nisi in servitute oneris ferendi* (11).

XCII. *Et adde, quod si in fundo quis habet usumfructum, alius proprietatem: et est aliqua impensa necessaria pro cloaca, vel ob famulam aquaeductus, illa spectat ad usufructuarium, et non ad proprietarium* (12). *Item adde, dum dixit Bald.* (13) *quod quis tenetur mundare de facto rivum suum per sua praedia cur-*

(1) *L.* 1. § *fin. cum l. seq. ff. de aqua plu. et l. semper.* § *legem. ff. de jure. immun.*

(2) *Argum. lib.* 4. *Codic. de Alexandr. prim. libr.* 11.

deve osservarsi. O non vi è tale consuetudine, ed allora il principe o superiore, del quale è il luogo pubblico, riceve i tributi e pedaggi delle acque, delle strade e dei ponti dai naviganti e dai passaggieri; ed in tal caso è obbligato a far purgare quei luoghi a spese del pubblico, non però vi sono tenuti i sudditi a loro spese.

XCI. Parimente giova a tale uopo ciò, che elegantemente dice l' Arcidiacono, il quale vuole singolarmente, che i conti e baroni ed altri superiori che riscuotono i pedaggi ed i tributi, sieno obbligati a mantener sicure le strade ed i passaggi, per la ragione, che raccolgono i detti tributi; ed in caso diverso, sieno tenuti a risarcire i danni, se accadono per mancanza di polizia. Così pure pensano l' Ostiense e Floriano; lo che intendi procedere, quando il principe seppe e potè vietare, non già in caso diverso. Od il principe o superiore non riscuote tributi, ed allora o riceve un altro utile, verbigrazia, le pesche, le saline od altri vantaggi, e sarà lo stesso per la stessa ragione. O non riceve alcuna utilità, ed allora i sudditi sono obbligati a purgare a loro spese, per ciò che derivano un vantaggio, ancorchè sieno chiese. Se poi parliamo dell' acqua privata, allora od è propria, nè deve servitù ad alcuno, ed il peso di purgarla spetta al padrone ed a sue spese. O deve servitù ad un altro, e di regola in tutte le servitù il ristauramento spetta a quello, che asserisce a sè dovuta la servitù; non già a quello, cui serve la cosa, tranne che nella servitù di portare il peso.

XCII. Ed aggiungi, che se in un fondo uno ha l'usufrutto ed un altro la proprietà, ed occorra qualche spesa necessaria per la cloaca o per la serva dell' acquidotto, essa spetta all'usufruttuario, non già al proprietario. Ed aggiungi pure ciò che dice Baldo, che ciascuno è tenuto a mondare di fatto il suo canale scorrente pei suoi fondi; e deve

(9) *Arg.* c. *qui sentit onus, de reg. jur. libr.* 6. *et l. secundum naturam. D. eod. tit.*

(10) *C. de oper. publ. l. ad portus. C. de collat. muner. patr. l.* 1. *et in Auth. de Ecclesiast. tit.* §

rentem (1), *debet intelligi de rivo publico, et de facto cura et opera et expensis publicis* (2). *Ultimo circa istam quaest. princ.* adde quae supra dixi in 1 lib. in 9 quaest. prin. *ubi in genere tractatum est, qualiter quis debet uti servitute* (3).

XCIII. *Nono quaero principaliter, qualiter retineatur servitus aquaeduct. et in ea quis teneri debeat? Dic breviter, quod retinetur quando ipse cui debetur, utitur re plenó ejus nomine, non autem mercenarius, aut hostis, aut amicus, aut medicus, qui ad visitandum dominum venit: vel colonus vel fructuarius. Item ab eo, qui quasi debita servitute usus est, et in usu retinetur* (4). *Item si in partes agri aqua fluxit, etiam si non ad ulteriora loca pervenit, tamen omnibus partibus fundi debetur et retinetur* (5). *Item si in via publica est locus, per quem duco aquam ad praedium meum, licet regulariter de jure ducere non possim* (6), *tamen si unus mihi concessit, ut possim aquam ducere per locum publicum, et postea me ducere impediat, sum tuendus in usu aquaeductus per utilem actionem contra ipsum qui jus mihi aquae ducendae concesserat* (7). *Facit ad hoc* (8) *et modo qui mihi concessit facere pontem super viam publicam, et aedificare molendinum super suum, licet jure mero non teneat dicta promissio, tamen ille qui promisit, non poterit petere ut deponatur pons aut destruatur molendinum* (9).

XCIV. *Ex quo etiam refert ibi Angel. quod licet ex flumine publico non possit constitui servitus aquaeductus, ut teneat de rigore, tamen de aequitate praetoris sic, quando flumen non erat perenne* (10). *Item quis retinet servitutem aquae, etiam quando aedificia in flumine sunt diruta, dummodo remaneant aliqua retentionis signa, quae possunt esse. Primum, quando aedificium vel forma aquae ducendae non est reducta ad pristinam formam. Secundum, quando esset reducta ad pristi-*

intendersi del canale pubblico, di che la cura ed il lavoro a' pubbliche spese. Da ultimo per questa quistione aggiungi ciò che dissi prima nel libro 1.° quest. 9., ove in genere si tratta del modo, in cui si deve usare della servitù (*k*).

XCIII. In nono luogo dimando principalmente in qual modo si conservi la servitù d'acquidotto, e chi debba essere tenuto per essa. Rispondi brevemente, che si conserva, quando quegli cui è dovuta, usa della cosa a pieno suo nome, non però la conserva uno stipendiato, nè un nemico, nè un amico, nè il medico che viene a visitare il padrone, nè il colono, nè il fruttuario. Così pure si conserva da quello, che n' ha usato come di servitù dovuta, e la ritiene con l' uso. Parimente se l' acqua fluì ad alcune parti del podere, ancorchè non giunga agli ultimi siti, nondimeno è dovuta a tutte le parti del fondo e conservata. Parimente se nella pubblica strada vi è un luogo, pel quale conduco l' acqua al mio fondo, benchè di regola non possa condurla giuridicamente, nondimeno se uno mi concesse che possa condur l' acqua pel luogo pubblico, e poscia me lo impedisca, debbo esser protetto nell' uso dell' acquidotto coll' azione utile contro quello stesso, che m' avea concesso il diritto di condur acqua. Infine chi mi concesse di fabbricare un ponte sulla strada pubblica, e di costruire un mulino sopra il suo, benchè questa promessa non tenga per mero diritto, tuttavolta quegli che ha promesso, non potrà chiedere che sia tolto il ponte o distrutto il mulino.

XCIV. Dal che Angelo deduce eziandio, che sebbene la servitù d' acquidotto non possa esser costituita sul fiume pubblico, onde valga rigorosamente, nondimeno lo può per equità del pretore, quando il fiume non era perenne. Parimente chiunque conserva la servitù d' acqua, anche quando crollarono gli edificii posti nel fiume, purchè rimanga qualche segno della conservazione, il che può avvenire 1.° allorchè l' edificio o l' opera per condur acqua non è ridotta al pristino stato, 2.° quando fosse ri-

Digitized by Google

nus: sed remanserunt aliqua ligna in fundo aquae, puta pali lignei (1): *quando diruto ponte, aedificio, vel forma aquaeductus et in signum retinendae quasi possessionis formare, vel refigere fecit palos ligatos in quibusdam partibus fluminis vel aquae, quod signum est: ne videatur locum reliquisse: quia solent habentes jura aquae vel molendini in flumine per publicum instrumentum potestati, quod non obstante destructione ipsi intendunt tenere et possidere, vel quasi locum, et alveum fluminis, et jus: et per hujusmodi signa faciunt effigere palos, ut dixi: et stantibus praedictis signis, vel aliquo eorum, nullus alius poterit aedificare in dicta aqua, vel jus aquae auferre: quia aedificans eum quasi possessione privaret. Ita singulariter dixit Angel. et Joan. de Imol.* (2) *et ad quod not. Barth.* (3); *quod perpetuo tenendum in practica pro illis, qui habent molendina, vel alia aedificia in fluminibus, aut aquis, vel jus aquae ducendae. et permittunt corruere aedificium molendini vel aquaeductus: ut si retinent aliqua signa de praedictis, vel similia, dicantur retinere jus molendini, vel aquaeductus, nec in eo turbari possunt. Item si quis in aquaeductu suo impediatur, potest sibi propria authoritate subvenire, et aedificium, vel locum in eo per alium factum propria authoritate destruere: et hoc modo suam possessionem tueri* (4). *Item si quis diverterit aquam meam, vel mihi debitam, vel impedierit, vel destruxerit aquaeductum, qua actione possit convenire* vide text. (5). *Item quomodo retineatur ista quasi possessio servitutis aquaeductus* vide ea quae habentur per gloss. (6); *et circa hanc materiam vide supra* in primo libro in princ. 3 quaest. princip. penult. et ultim. colum., *et quae dicam in sequent. quaest. princip. quia per ea quae ibi dicentur, declarabitur etiam ista quaestio.*

XCV. *Decimo principaliter quaero, quomodo, et qualiter servitus aquaeductus amittatur?* [illegible]

un anno, ma fossero rimasti alcuni attrezzi nel fondo dell' acqua, per esempio, pali di legno; oppur quando l' utente, essendo crollato il ponte, l' edificio o il lavoro dell' acquidotto, fece piantare o mettere alcuni pali legati in certe parti del fiume o dell' acqua, in segno di conservare il quasi-possesso; la qual cosa vale in guisa, che non sembri aver abbandonato il luogo. Imperocchè sogliono coloro, che possedono diritti d'acqua o mulini in un fiume, protestare con pubblico istromento, che, non ostante la distruzione, essi intendono tenere e possedere o quasi possedere il luogo, l'alveo del fiume ed il diritto; e per segno di ciò fanno affiggere alcuni pali, come ho detto, e stante i predetti segni od alcuno di essi, nessun altro potrà fabbricare in detta acqua, o togliere il loro diritto, o privarli del quasi-possesso. Così singolarmente dissero Angelo e Giovanni da Imola, ed aggiungi ciò che dice Bartolo, e rammemorarlo perpetuamente rispetto a quelli, che hanno mulini od altri edifici nei fiumi o nell' acqua, od il diritto di condur acqua, e lasciano che crolli la fabbrica del mulino o dell' acquidotto; affinchè se conservino alcuni de' predetti segni o simiglianti, si risguardino conservare il diritto di molino o di acquidotto, nè possano in esso venir turbati. Parimente, se alcuno è impedito nel suo acquidotto, può aiutarsi di propria autorità, e distruggere la fabbrica od il lavoro fatto in esso da un altro, ed in tal modo difendere il suo possesso. Del pari, se alcuno divertirà l' acqua mia od a me dovuta, od avrà distrutto l'acquidotto, con qual azione potrà esser convenuto? Vedi i testi. Del pari, in qual modo si conservi questo quasi-possesso della servitù di acquidotto, vedi ne' testi; e circa questa materia vedi pure ciò, che ho detto nel 1.° libro, quest. 3 princ.; e ciò che dirò in quello che segue, avvengachè per quelle cose ch' ivi si esporranno, sarà spiegata anche la presente questione (i).

XCV. In decimo luogo io chieggo principalmente in qual modo, e come si perda la servitù d' acquidotto? Rispondi: in mol-

Digitized by Google

plures per eundem rivum jure ducere soliti sunt: ita quod suo quisque die a capite duceret per eundem rivum, eumque communem: deinde ut quisque inferior erat, suo quisque proprio rivo: et unus statuto tempore, quod servitus amittitur, non duxit, jus aquae ducendae amisit, nec per caeteros qui duxerunt servitutem, retinuit: nec tale jus caeteris requiritur: sed si plurium fundo aqua debita esset, per unum eorum omnibus iis inter quos is fundus communis fuisset, retinetur (1). *Item si servitus debetur tibi majori, et pupillo, licet uterque non utatur, tamen propter pupillum tu etiam major, servitutem retines* (2). *Secundo amittitur confusione* (3) *et de istis duobus modis amittendi servitutem, vide quae plene dixi in primo libro in decima et ultima quaestione principali. Tertio amittitur permissione, si debes mihi servitutem aquaeductus, et permisero tibi ut eum claudas, vel ad alium locum aquam ducas* (4) *nisi illa permissio fieret precario, quia tunc servitus non amitteretur* (5). *Quarto amittitur, si fons aruerit, ex quo aquaeductum habeo, et per constitutum tempus ad venam suam non redierit* (6). *Sed si post constitutum tempus ad amittendam servitutem ad suam venam redierit, an aquaeductus erit amissus? Et dicendum est ipsum amissum, sed restitui debere* (7). *Quinto amittitur ex recessu fluminis, ut si aquam ex flumine publico duxerim, et flumen recesserit, non potest sequi flumen quoniam ei loco servitus imposita non est, quamvis tuus, is locus sit. Sed si alluvione paulatim accesserit fundo tuo, subsequi potest, quoniam totus locus fluminis serviat ductioni, sed si coeperit totum fluere mutato alveo, non potest; quoniam medius locus non servit, interruptaque est servitus* (8). *Circa quod vide quae plene dixi supra* in septima quaestione principali (9).

nale l'acqua, che nasceva nel fondo del vicino, così che ciascuno conduceva da capo nel suo giorno per il medesimo canale comune; poi, siccome ciascuno era inferiore, la condusse per il proprio canale; ed uno di essi non la condusse per tutto il tempo nel quale la servitù si perde, questi perdette il diritto di condur acqua, nè conservolla mediante gli altri che usarono della servitù. Nè un tale diritto s' accresce agli altri, ma se l' acqua fosse dovuta ad un fondo di più persone, esso è conservato mediante una sola delle stesse a tutti gli altri, fra' quali il fondo era comune. Parimenti se la servitù è dovuta a te maggiore ed al pupillo, benchè nè l' uno, nè l' altro ne usi, nondimeno tu maggiore conservi la servitù anche per il pupillo. In secondo luogo si perde per la confusione, e circa questi due modi vedi ciò che pienamente ho esposto nel libro 1.°, 10.ª ed ultima quest. princ. In terzo luogo si perde col permesso, qualora tu mi debba la servitù di acquidotto, ed io ti abbia permesso di chiuder questo, o che conduca l' acqua ad un luogo diverso; purchè tale permissione non sia data a titolo precario, perchè allora la servitù non si perderebbe. In quarto luogo si perde, se la fontana, dalla quale io deduco l'acquidotto, si sia disseccata, e non sia tornata alla propria vena per il tempo stabilito. Ma se dopo lo statuito tempo sarà tornata all' antica vena, l' acquidotto sarà forse perduto? È d' uopo rispondere, ch' esso è perduto, ma che si deve restituire. In quinto luogo si perde per ritiramento del fiume; esempligrazia, se io conduceva l' acqua dal fiume pubblico, e questo si sarà allontanato, io non potrò seguitare il fiume, perchè la servitù non è imposta a quel luogo, benchè sia tuo. Ma se il fiume per alluvione si sarà a poco a poco avvicinato al tuo fondo, potrà esser seguito, perchè tutto il luogo del fiume serve alla condotta; e se avrà cominciato a scorrer tutto per altro luogo, non si potrà seguire, perchè il luogo medio non serve e la servitù è interrotta. Circa le quali cose vedi ciò che pienamente ho detto sopra nella 7.ª questione principale.

(1) *Ut est text. in l. aquam, in princ. et § 1. ff. quemadmod. servitutes amit.; quod not.*

princip. D. quemadmod. servit. amitt. et l. cum meus, D. si serv. vend.

Digitized by Google

XCVI. *Sed nunquid propter inundationem fluminis perdatur servitus aquaeductus? Dic quod non* (1).

XCVII. *Sed major est dubitatio nunquid possessio vel quasi aquae per majorem inundationem perdatur, sicut possessio territorii? Dic quod non, quia nihil additum tale facit desinere: quia nec desino possidere terram, si ei crusta applicetur ex fundo vicini* (2). *Et istud est necessarium satis, maxime propter possessiones, quae sitae sunt juxta Padum, quae inundatur infallibiliter intra decennium, inundatione non levi, nec cito transitoria, sed vehementi, et crustam agrorum exportanti* (3). *Et ex hoc sequitur, quod si praescribo aridam terram, quae est facta lacus, aut stagnum per impetum aquarum, vel industria mea, quod interrupta sit praescriptio eatenus, quatenus primi usus qualitas est perempta: quia primo erat terra, nunc aqua mutato elemento* (4). *Sexto amittitur usu alterius aquae, in qua non sit servitus concessa si non utatur aqua sibi concessa* (5); *et si is qui nocturnam aquam habet, usus fuerit diurna, per constitutum tempus ad amittendum servitutem nocturnam, amisit, quia usus non est, et e contra. Et idem est in eo qui certis horis aquaeduct. habens, aliis usus fuerit* (6).

XCVIII. *Sed posset dubitari, an per immissionem alterius aquae, de qua nulla servitus debetur, amittatur servitus aquaeductus. Et dicas, quod non, ex quo utitur aqua debita: et multo majori* (7): *tamen utens ampliori aqua simul mixta potest per dominum praedii servientis in tota aqua impediri, ex quo aqua non est divisa: et postquam est simul juncta, est inseparabilis* (8). *Et est ratio: quia inseparabilibus utile vitiatur* (9). *Septimo amit-*

(1) *L. adeo, § insula, in fin. versic. aliud sane est, ff. de acquirend. rer. dom. et Instit. de rer. divis. § alia causa.*

(2) *Facit ad hoc l. si quis nec causam, § fin. ff. si cer. pet.*

XCVI. Ma forse la servitù di acquidotto si perde per inondazione del fiume? Rispondi che no.

XCVII. Ma v' è un dubbio maggiore. Il possesso o quasi-possesso dell'acqua si perde per una maggiore inondazione, come il possesso del territorio? Rispondi che no, perchè tale aggiungimento non fa lasciar niente; ed invero io non lascio di possedere la terra, se dal fondo del vicino le viene attaccata una crosta. E questo è abbastanza necessario, specialmente per le campagne che sono poste lungo il Po, le quali entro un decennio sono infallibilmente inondate, nè con leggiera inondazione, o che passi presto, ma bensì con una impetuosa, e che porta via la crosta dei campi. Da ciò conseguita, che se io prescrivo un terreno arido, che è diventato un lago od uno stagno per la furia delle acque, oppure per mia industria, la prescrizione è interrotta in tanto, in quanto è perenta la qualità dell' uso primiero, essendochè prima v' era terra ed ora vi è acqua, mutato l' elemento. In sesto luogo si perde coll' uso di un' altra acqua, sulla quale non sia concessa servitù, qualora non si usi anche dell' acqua conceduta. E se quegli che ha l'acqua di notte, ne abbia usato di giorno per il tempo stabilito a prescrivere la servitù notturna, perde questa, perchè non ne ha usato, e così all' opposto. Lo stesso accade per quello, che avendo l' acquidotto in certe ore, ne abbia usato in diverse.

XCVIII. Ma si può dubitare, se la servitù d' acquidotto si perda per l' immissione di altra acqua, circa la quale non è dovuta alcuna servitù? Risponderai che no: perchè in tal caso si usa dell' acqua dovuta. Nondimeno chi usa di maggior acqua insieme meschiata può essere impedito rispetto a tutta dal padrone del fondo serviente, per ciò che l'acqua non è divisa, e dopo che è unita insieme, diventa inseparabile. E la ragione è questa: che nelle cose inseparabili l' utile è viziato dall' inutile. In settimo luogo si perde colla divisio-

(7) *Ut probat. in l. sicut via in princ. et l. 1. § item quaeritur, D. de aqua quot. et aesti.*

(8) *Ut d. § item quaeritur.*

(9) *Ut ibi. et l. si sponsus, § generaliter, ff. de don. inter. vir. et uxor. et l. Pedius. D. de re-*

Digitized by Google

titur divisione fundi, si aquaeductus debetur in fundo vicini, in loco certo et finito, et fundus serviens dividitur per longitudinem: quia perinde est, ac si ab initio constituta servitute duo fundi fuissent (1). *Quod procedit, si ille, cui servitus debebatur, alterum fundum, in quo servitus remansit, redemit seu acquisiverit: quia per hoc non tollitur servitus, quae in alio fundo est constituta, licet a princip. fuisset unus tantum fundus: et hoc quando locus, in quo servitus debebatur, diviso fundo non remaneret ita angustus, ut aquaeductus consistere non esset: secus si remaneret ita angustus: quia tunc uterque fundus liberabitur, videlicet fundus redemptus propter confusionem: ut dixi supra* (2). *Sed si dividitur fundus serviens per latitudinem, tunc non amittitur servitus non utendo servitute aquaeductus divisa, nisi tota aqua non utatur* (3), *vel nisi specialiter conventum fuerit, ut alter fundus liberetur* (4). *Si vero servitus aquaeductus debetur in uno fundo, ut per quamlibet ejus partem liceat aquam ducere, et conventum sit locum mutare posse: tunc dividatur fundus serviens per longitudinem, et non utatur servitute, nisi per unum de illis fundis, statuto tempore servitus amittitur: quia tunc perinde est, ac si ab initio servitus duobus fundis fuerit imposita* (5). *Et praedicta procedunt, quando servitus non est divisa: sed si divisa sit, puta quia constituta sit aqua, ut vel aestate tantum utatur, vel uno mense, vel alternis annis, vel mensibus, aut diebus, vel horis tantum nocturnis, vel diuturnis: an utendo amittatur statuto tempore, an vero duplicetur?* vide text. cum gloss. et Dd. (6). *Et de materia quomodo et quando amittatur servitus, vel quasi possessio servit.*, vide per Bart. (7) et Dd. (8).

ne del fondo, qualora l' acquidotto sia dovuto nel fondo del vicino, in luogo certo e determinato, ed il fondo si divida per lunghezza; imperocchè allora avviene, come se dal principio della servitù costituita fossero stati due fondi. Lo che procede, se quegli, cui era dovuta la servitù, redense od acquistò l'altro fondo, nel quale la servitù è rimasta; avvegnachè per ciò non cessi la servitù, che è costituita nell'altro fondo, benchè da principio l'uno e l' altro fossero un fondo solo; e ciò avviene, allorquando il luogo, nel quale la servitù era dovuta, per la divisione del fondo non restasse tanto angusto, che l' acquidotto non potesse starvi; ed altrimenti, se rimanesse così ristretto; imperocchè allora l' uno e l' altro fondo resterebbero liberi, cioè il fondo si redimerebbe in forza della confusione, come dissi più sopra. Ma se il fondo serviente vien diviso per larghezza, allora la servitù d'acquidotto non si perde col non usare di essa ch' è divisa, se non quando non si usi di tutta l' acqua, o non fosse specialmente pattuito che l' altro fondo sia liberato. Se poi la servitù d'acquidotto è dovuta in un fondo, affinchè sia permesso condur acqua per ogni sua parte, e sia stipulato che si possa mutare il sito; allora, se il fondo serviente vien diviso per lungo, e non s' usi della servitù se non per uno di que' fondi, la servitù si perde nel tempo stabilito; perchè in quel caso è lo stesso come se la servitù fosse stata fin da principio imposta ai due fondi. Le predette cose procedono, quando la servitù non è divisa; ma se è divisa, per esempio, perchè fu stabilito che l' acqua si possa usare di estate soltanto, o in un mese, o in un anno sì, e nell'altro no, o in certi mesi o giorni, o nelle ore di notte, o in quelle di giorno, allora usandone, si perde forse nel tempo statuito, oppure si raddoppia? Vedi i testi, la Glossa ed i Dottori. E circa la materia, quando e come si perda la servitù o il quasi-possesso della servitù, vedi Bartolo ed i Dottori (*k*).

Digitized by Google

istam materiam aquaeductus? Dic ut Rofr. Beneventam. in libellis suis juris, *ubi posuit quatuor interdicta in hac materia aquae, in quibus etiam ponit libellum et positiones. Primum interdictum est quando quis habet jus aquae quot. ducendae ad praedia sua, et ab aliquo prohibetur aquam illam ducere. Et dicit Rofr. quod habet contra impedientem interdictum de aqua quot. quod interdictum est prohibitorium, et causa retinendae possessionis est inventum, sed non semper: quia est aliquando restitutorium: puta si aliquid fiat ad impediendum quasi possessionem aquaeductus, ut illud destruat, vel destruere debeat* (1), *et ad hoc, ut competat hoc interdictum, dicit quod septem sunt necessaria. Primum est, quod si aqua quot. et quotidianam aquam intellige non quae quotidie fluit, sed etiam eam quam quotidie potest ducere, si vellet* (2). *Secundum, quod illa aqua sit usus hoc anno, non clam, non vi, nec precario saltem una die, vel una nocte: sed si ante annum hausisti, non habes hoc interdictum, nisi infra unum annum aqua per se fluat* (3). *Tertium, quod illa aqua sit perennis, nulla enim aqua potest duci nisi sit perennis* (4). *Quartum, quod aquam illam ducas a capite, non aliunde. Caput autem aquae est, unde aqua nascitur, sive ipse fons si ex fonte: sive si ex flumine, vel lacu principia fossarum, quibus aqua ex flumine vel lacu in primum rivum ducitur* (5). *Quintum, quod ille qui ducit aquam, putet se jure ducere: si autem putat se non jure uti, non habet locum hoc interdictum* (6). *Sextum, quod in illa aqua non excedat ampliationis modum, et non ducat per aliam regionem, quam solitus sit ducere* (7). *Septimum, quod illa aqua ducendo alii non immisceatur, alioquin non habebit locum hoc interdictum* (8).

C. *Formam autem libelli ponit Rofr.* (9)

dizio rispetto a questa materia dell'acquidotto? Rispondi come Roffredo Beneventano ne' suoi *libelli*, ne' quali pose quattro interdetti per questa materia dell'acqua, e vi aggiunse i libelli e le posizioni. Il 1.° interdetto ha luogo, quando alcuno ha il diritto di condur l'acqua quotidiana a' suoi fondi, e gli è proibito da un altro di condurla. E dice Roffredo, ch' egli ha contro l'impediente l'interdetto *dell'acqua quotidiana*, il quale interdetto è proibitorio, e ritrovato al fine di conservare il possesso, ma non però sempre; perchè alcune volte è restitutorio, come per esempio, allorchè si faccia qualche cosa per impedire il quasi-possesso dell'acquidotto, esso vale affinchè sia distrutto l'impedimento o il debba essere. E perchè competa quest'interdetto dice che necessitano sette cose: 1.° che l'acqua sia quotidiana, ed intendi esser tale, non solamente quella che fluisce ogni giorno, ma anche quella che ogni giorno si può condurre, se si voglia; 2.° che si abbia usato di quell'acqua nell'ultim'anno, non di soppiatto, nè violentemente, nè per preghiera, almeno un giorno od una volta; ma se ne hai usato prima di quest'anno, non godi quest'interdetto, se non qualora l'acqua scorra per sè stessa dentro l'anno; 3.° che quell'acqua sia perenne, imperocchè nessun'acqua si può condurre, se non è tale; 4.° che tu conduca quell'acqua dal suo capo, non d'altronde. E si chiama *capo d'acqua* quello da cui nasce, sia desso lo stesso fonte, se nasca da un fonte; o sia che nasca dal fiume, o da un lago, o dal principio de' fossi, nei quali si deriva l'acqua del fiume o del lago, e si conduce al primo canale; 5.° che quegli che conduce l'acqua, creda di condurla per diritto; se poi stima di non condurla giuridicamente, l'interdetto non ha luogo; 6.° che non ecceda nello estender quell'acqua, nè la conduca per sito diverso da quello per cui soleva condurla; 7.° che quell'acqua nel condurla non si mescoli con altra; altrimenti l'interdetto non ha luogo.

C. La forma poi del libello è data da

Digitized by Google

etc. (1), *quam aquam duco sicut duxi in hoc anno non vi, non clam, non precario. Unde ne me prohibeat vel impediat, ago contra ipsum Albert. et ad hoc propono interdictum de aqua quot. et aesti. vel actionem in factum, et ita bene concipies libellum* (2). *Quidam tamen apponere petunt interesse ita dicentes. Et quia in* 20 *interest mea non esse prohibitum, ideo ipsum Albe. condemnari peto in meum interesse, et ad hoc propono interdictum praedictum, etc.* (3). *Sed dicit Rofred. quod non credit, quod possit peti per interdictum, licet in illo possit condemnare judex, sicut in aliis superioribus interdictis notavi. Nec obst.* ille § praeterea. *Quia ibi propter factum suum amiserat jus aquae ducendae. Unde quia in hoc casu est restitutorium, igitur restituitur mihi illud interesse.*

la qual acqua io conduco, come già condussi, in questo anno, non di nascosto, nè con violenza, nè precariamente. Affinchè non mi proibisca, nè m' impedisca, io agisco contro il predetto Alberto, ed a tal uopo propongo l' interdetto dell'acqua quotidiana ed estiva, oppure l'azione in fatto.» In tal modo formerai bene il libello. Nondimeno taluni sogliono aggiungere la dimanda di risarcimento, così dicendo: « E perchè m' importa come 20, che non mi sia proibito d' usare del mio diritto, per ciò chieggo che il detto Alberto sia condannato al risarcimento dovutomi, ed a tal fine propongo l' indicato interdetto. » Ma Roffredo non crede che si possa chiedere il risarcimento mediante l' interdetto, benchè in esso il giudice possa condannare, come ho notato circa interdetti precedenti. Nè fa ostacolo il § *praeterea* della legge 1.ª *ff. de cens.*, perchè in essa il diritto di condur acqua era stato perduto per fatto proprio. Laonde poichè in questo caso è restitutorio, il risarcimento mi sarà concesso.

CI. *Positiones autem et capitula sive articuli actoris ita formari debent: Ego Albertus dico, quod aqua quae exit de tali fonte vel flumine, est quotidiana, id est, quae potest quotidie fluere. Item quod aqua illa sum usus hoc anno, non vi, non clam, non precario. Item quod usus sum hoc anno illa aqua satis una die vel una nocte. Item quod illa aqua semper est perennis, et nullo modo desiccatur. Item quod aqua illa oritur ex tali fonte, vel ex tali flumine, ita quod ub illo fonte, vel ex tali flumine aquam duco. Item quod illam ducam jure servitutis, credens uti jure meo. Item quod duco aquam illam ita sicut primo ducebam. Item quod aquam illam per eundem locum duco, sicut et ducere solebam. Item quod illam aquam tantum, quam ducere solitus eram, duco sine alia.*

CI. Le posizioni poi, ed i capitoli od articoli dell' attore così devono esser formati. « Io Alberto dico, che l' acqua che esce dal tale fonte o fiume è quotidiana, cioè che può fluire ogni giorno. Del pari, che ho usato di quell' acqua in quest' anno, non di soppiatto, nè con violenza, nè precariamente. Del pari, che ho usato di quell' acqua in quest' anno per un giorno o per una notte. Così pure, che quell' acqua è sempre perenne, e non si secca mai. Parimente, che quell' acqua nasce dal tale fonte o dal tale fiume, così che la conduco da quel fonte o fiume. Parimente, che la conduco per diritto di servitù, credendo usare di un mio diritto. Del pari, che la conduco come la conduceva innanzi. Del pari, che la conduco per lo stesso luogo, come soleva prima. Del pari che conduco quell' acqua soltanto, ch' era solito a condur prima, senza alcun' altra.

CII. *Positiones autem vel capitula sive articuli rei ita e contra formari possunt: Ego M. dico, quod illa aqua tantum currit in hyeme, et in aestate desiccatur, et si hoc confitetur actor, absolvitur reus: quia tum non est aqua quotidiana, nec*

CII. Le posizioni poi, o capitoli od articoli del reo così si possono formare. Io M. dico, che quell' acqua corre d' inverno soltanto e nella state si secca (e se ciò confessa l'attore, il reo viene assoluto, perchè allora non è quotidiana, nè perenne). Del pari di-

Digitized by Google

me. Item quod aquam illam quam ducis a tali loco eam ducis. Item quod locus ille est tantum remotus a fonte vel flumine, unde illa aqua provenit, et habet initium, quod eam ducere non potes, si hoc non confitetur actor succumbit: quia jam non ducit aquam a capite. Item quod tu scis sive eredis te contra jus et injuste aquam illam ducere. Item quod aquam istam ducis per aliam regionem, quam hoc anno duxeras. Item quod aquam illam ducendo, aliam aquam immisces. Haec omnia colliguntur et probantur ex juribus supra in princip. hujus interdicti allegat. Caetera cum materia hujus interdicti vide per Rofred. in tit. de aqua quot. *Secundum interdictum est de aqua aesti, quod competit ei qui habet jus ducendi aquam ad locum suum, et ab aliquo impeditur eam ducere, et datur contra impedientem. Et dicitur hoc interdictum de aqua aesti. Quia propter aquam quae tantum aestate ducitur, proditum est. Et ideo si aliquis duxit aquam in tempore aestatis, et modo vult ducere, et impeditur ab aliquo habet illud interdictum* (1).

CIII. *Et ad hoc ut istud interdictum competat, quatuor sunt necessaria. Primum, quod aqua illa sit aestiva, non quotidiana, nam aestiva a quotidiana differt usu, non jure* (2). *Secundum quod aquam illam priori aestate duxerit, hoc est, non in ista aestate, sed in praecedenti. Alioquin si hac aestate locum habet interdictum utile de aqua aestiv.* (3).

CIV. *Et quando dicitur aestas? Dic* (34*) *ut hic per gloss.* (4) *quae dicit, quod aestas durat quatuor mensibus: quia incipit ab aequinoctio veris, et finit in aequinoctio autumni* (5): *aliis temporibus durat hyems. Et adverte, quia aqua aestiva debet esse quotidiana. Nam omnis aqua quae in aestate currere potest est quotidiana: quia omnis aqua quae currit in aestate, currit etiam in hyeme, sed non convertitur. Multae enim aquae quae currunt in hyeme non currunt in aestate. Tertium requiritur, quod illam aquam duxeris saltem una die vel nocte, sicut in superiori interdicto notavi, cum haec a-*

re fatta a me. Del pari, che l' acqua che conduci, la trai dal tal sito. Parimente, che quel sito è tanto lontano dalla fontana o dal fiume, donde quell' acqua proviene ed ha principio, che non puoi condurla da esso (se ciò non confessa l' attore, soccombe, perchè già non la conduce dal capo). Parimente, che tu sai o eredi di condur quell' acqua contro diritto, ed ingiustamente. Del pari, che la conduci per luogo diverso da quello per cui la conducesti in quest' anno. Del pari, che conducendo quell' acqua, la mesci con altra. Tutte queste cose si raccolgono e sono provate dai testi allegati in principio sopra questo interdetto. Ciò che resta a dirsi sullo stesso vedi in Roffredo. — Il secondo interdetto è quello *dell' acqua estiva*, che compete a colui che ha diritto di condur acqua al proprio luogo, ed è impedito da un altro di condurla, e vien dato contro chi l' impedisce. E si dice dell' *acqua estiva*, perchè è trovato soltanto per l' acqua, che corre nell' estate. E però se alcuno condusse acqua nel tempo di estate, ed ora n' è impedito da un altro, ha questo interdetto.

CIII. Ed acciò che questo interdetto competa sono necessarie quattro cose: 1.° che quell' acqua sia estiva, non già quotidiana, però che l' estiva differisce dalla quotidiana nell' uso, ma non nel diritto; 2.° che sia stata condotta nella estate precedente; perchè se fu condotta in questa, ha luogo l' utile interdetto dell' acqua estiva.

CIV. E quando si dice essere estate? Rispondi (34*) come la glossa, che dice l' estate durar quattro mesi; essendochè cominci dall' equinozio di primavera e finisca nell' equinozio d' autunno; negli altri tempi vi ha inverno. Ed avverti, che l' acqua estiva dev' essere quotidiana, perchè ogni acqua che può scorrere d' estate è tale, avvegnachè quella che corre di estate, corre anche d' inverno, non già all' opposto. Ed invero molte acque che corrono d' inverno, non corrono di estate; — 3.° si richiede, che abbi condotto quell' acqua almeno un giorno od una notte, com' ho notato nel precedente interdetto, perchè quest' acqua differisce

Digitized by Google

Quartum, quod duxeris, non vi, non clam, non precario (1).

CV. *Sed dubitari potest, quare istud interdictum fuit factum, et an sufficeret primum, et nunquid sit aliud: cum aqua quotidiana ab aestiva distet non jure, sed usu* (2). *Respondeo, ideo fuit inventum: quia in speciali casu loquitur: scilicet quando aliquis vult ducere aquam, quam in aestate duxit, et etiam differunt inter se quantum ad factum* (3). *Licet omnia quae requiruntur in isto, requiruntur etiam in alio* (4). *Fuit autem istud ideo inventum, quia utile erat aquam ducere in aestate propter hortos ad irrigandum ea, quae ibi sunt. Nec facies vim in verbo quod dixi ad irrigandum, quasi non habeat locum interdictum alias: quia imo locum habet. Nam si alia de causa deducta aqua sit, nihilominus competunt haec interdicta* (5).

CVI. *Item quaeritur, an interdictum de aqua quot. in eo casu competat, quo competit interdictum de aqua aesti. Videtur quod sic, quasi illud sit genus* (35*), *et istud sit species. Et Rofred. non putat esse verum* (36*): *quia doli clausula non pertinet, nisi ad ea tantum, de quibus specialiter cautum est* (6). *In hoc interdicto ita concipias libellum. Coram vobis domino A. conqueror ego M. de Albert. de Daventria, quod prohibet vel impedit ducere aquam aesti. ad fundum meum, ad irrigandum teneras cucurbitas, vel cucumeris, vel olera, vel aliud uti aquam illam duxi in priori aestate. Unde ne me prohibeat, vel impediat, ago contra ipsum: et ad hoc propono interdictum de aqua aestiva vel actionem in factum. Et quod ibi bene concipiatur libellus, probatur* (7). *Si autem in priori aestate non duxeris, sed in hac aestate, et impediaris, concipias libellum praedicto modo, et istud mutes. Qui me impedit, sive prohibet aquam ducere, sicut hac aestate duxi. Unde ne me impediat vel prohibeat, ago contra ipsum, et propono utile interdictum de*

4.° che l'abbi condotta non per forza, nè di soppiatto, nè precariamente.

CV. Ma si può dubitare del perchè fu fatto quest' interdetto, e se bastasse il primo, e se sia forse diverso da esso, essendochè l' acqua quotidiana differisca dall' estiva nell' uso, non già nel diritto. Rispondo che fu trovato per un caso speciale, cioè allorquando alcuno vuol condurre l' acqua, che condusse in estate; eziandio differiscono fra loro rispetto al fatto, sebbene tutto ciò che si richiede in questo, si richiegga anche nell' altro. Fu adunque trovato per ciò, che era utile condur l'acqua in estate pegli orti, onde irrigare le piante che vi sono. Nè ti fermare al verbo *irrigare*, quasichè l' interdetto altrimenti non abbia luogo; chè anzi ha luogo: imperocchè se l' acqua è derivata per un altro motivo, tuttavia questi interdetti competono.

CVI. Del pari si chiede, se l' interdetto dell'*acqua quotidiana* competa in quel caso, in cui compete l' interdetto dell' *acqua estiva?* Sembra che sì, quasichè quello sia il genere (35*), e questo la specie. Lo che Roffredo non istima esser vero (36*), perchè la clausola del dolo non ispetta se non per quelle cose soltanto, per le quali specialmente fu mallevato. Per questo interdetto così formerai il libello. « Alla presenza di voi, messer A. io M. mi dolgo di Alberto di Daventrie, che mi proibisce od impedisce di condurre l'acqua estiva nel mio fondo ad irrigare le tenere zucche, od i cocomeri, o gli erbaggi, od altro, e di usarne come nell' estate precedente. Affinchè non mi proibisca più, nè m' impedisca, agisco contro lo stesso, ed a tal fine propongo l' interdetto dell'*acqua estiva* o l'*azione in fatto.* » E che in tal modo il libello sia ben concepito, lo provano i testi. Se poi non l' avrai condotta nella state precedente, ma in questa, e ne sei impedito, formerai il libello nella predetta guisa, mutando così: « che m' impedisce o proibisce di condur l'acqua, come in questa estate. Perchè

Digitized by Google

CVII. *Positiones autem vel capitula in hoc interdicto tu actor ita facere potes. Ego dico, quod illa aqua quae est in fonte tali: sine flumine fluit, vel potest fluere. Item dico, quod aqua illa fui usus priori aestate. Item, quod aquam illam duxi, non vi, non clam, non precario. Item quod duxi ab illo loco unde oriatur aqua. Item quod duxi credens jus habere. Omnes et enim positiones, et omnia quae requiruntur in superiori interdicto, requiruntur etiam in isto.*

CVII. Le posizioni poi o capitoli dell'attore così si potranno concepire. « Io dico, che quell'acqua, ch'è nella tale fontana, scorre o può scorrere senza il fiume. Parimente dico, che ho usato di quell' acqua, nella state precedente. Parimente, che la condussi non per forza, nè di soppiatto, nè per preghiera. Del pari, che la condussi da quel sito ove nascea. Del pari, che la condussi, credendo averne diritto. » Insomma tutte le posizioni e le cose che si richiedono nell' antecedente interdetto, si richieggono anche in questo.

CVIII. *Positiones autem vel capitula reus contra facere potest, hoc modo. Ego dico, quod haec aqua in aestate siccatur. Item quod jam sint duo anni quod aquam illam non duxisti. Item, quod duxisti aquam illam clam, vi, vel precario a me. Item, quod duxisti aquam illam credens te jus non habere. Tertium est interdictum de aqua ex castello ducenda, quod competit, quando quis ducit aquam ad praedium suum vel domum ex castello, id est, receptaculo illo, quod aquam publicam suscipit, quod castellum vocatur: et impeditur aquam illam ducere, et est proditum interdictum de aqua ex castello ducenda, ne quis impediatur* (1). *Ad hoc ut competat istud interdictum, quinque sunt necessaria. Primum, quod jus aquae ducendae sit tibi concessum ab eo qui concedere poterat: puta ab Imperatore vel senatu. Nulli enim aquam ducere conceditur ex castello, id est, receptaculo, quod aquam publicam suscipit, nisi a principe vel senatu concedatur* (2). *Secundum, ut violentia tibi inferatur, alias non competit* (3): *ex quo castello: si de novo vis ducere aquam ex illo receptaculo sive castello: quod tu caveas nomine damni infecti vicino* (4). *Quartum, quod receptaculum, ex quo aqua ducitur, sit tale: quod antequam suscipiatur, sit publicum* (5). *Et adverte, et tene menti, quod licet praedicta interdicta, scilicet de aqua quotidia. et aestiva sint potiora: tamen istud interdictum respicit causam proprietatis: quia si est tibi concessum sive assignatum jus a principe vel senatu, habes hoc interdictum: non habes tamen, licet usus fueris longo tempore, nisi tanto cujus non extet memoria* (6). *Et intelligi-*

CVIII. Il reo poi può fare all'invece le sue posizioni o capitoli in questo modo. « Io dico, che quest' acqua in estate si secca. Così pure, che sono già due anni che non la conduci. Parimente, che l' hai condotta dal mio di soppiatto, per forza, o precariamente. Parimenti, che l' hai condotta sapendo di non averne diritto. » — Il terzo è l' interdetto *dell' acqua da condursi dal castello*, il quale compete, allorchè alcuno conduce l' acqua al suo fondo od alla sua casa dal castello (cioè da quel serbatoio che accoglie l' acqua pubblica, e che così si chiama), e viene impedito nella condotta; ed appunto tale interdetto dell' acqua da condursi dal castello, è dato perchè non soffra impedimento. Ma perchè esso competa, cinque cose sono necessarie. 1.° Che il diritto di condur acqua ti sia concesso da chi poteva concederlo; per esempio, dall' imperatore o dal senato. Imperocchè a nessuno è concesso di condur acqua dal castello, cioè da quel serbatoio che accoglie l' acqua pubblica, tranne che dal principe o dal senato. 2.° Che ti sia fatta violenza, altrimenti non compete; e se di nuovo volessi condurre l' acqua dal castello, dovresti guarentire il vicino del danno eventuale. 4.° Che il serbatoio, dal quale si conduce l' acqua, sia pubblico prima che accolga la stessa. Ed avverti e rammemora, che sebbene i predetti interdetti, cioè dell' *acqua quotidiana* ed *estiva*, siano prevalenti, nondimeno questo riguarda la causa della proprietà, perchè se il diritto ti è concesso od assegnato dal principe o dal senato, hai questo interdetto, e non lo hai invece, sebbene abbi usato per lungo tempo, qualora esso non sia tale, di cui non resti memoria. E si in-

(1) *Ut D. de aqua quot. et aest. l. 1. § ait praetor. ex quo castello.*

(2) *Ut D. eod. l. 2. § hoc interdictum necessario, et ff. de flum. l. quominus.*

(3) *Ut d. § ait praetor.*

(4) *Ut eod. § in fin. dicitur.*

(5) *D. eod. l. 1. § hoc interdictum necessario.*

(6) *Ff. eod. l. 1. § ult. et l. hoc jure, § ductus aquae.*

Digitized by Google

tur de ductu aquae ex flumine publico; caeterum si aliunde deducatur aqua quam ex flumine publ. et habet continuam causam servitutis: illa longo tempore acquiritur (1), *et ita vult Rofr.* (2), *quod bene not.* (3). *Quintum est necessarium, ut ille, qui vult ducere aquam, ita ducat, ut vicinis non noceat* (4). *Princeps enim qui concedit alicui ut ducat aquam, videtur concedere sine damno et injuria aliorum* (5). *Nam rescripta principis et privilegia sine cujusquam injuria concedi solent* (6). *Sed contra praedicta opponitur secundum Rofred. et videtur quod istud interdictum non habet locum. Nam ratio istius interdicti est, ut aliquis ducat aquam publicam cum licentia principis, ut dictum est. Sed contrarium est, scilicet quod etiam sine licentia principis possum aquam ducere, quia flumina sunt publica* (7): *et possum mea authoritate aquam ducere: dummodo Imperator vel senatus non prohibeat* (8). *Respondetur secundum Rofr. verum esse, quod tu posses ducere aquam ex flumine publico, etiam sine principe, sed aquam publicam, id est, usui publico destinatam, secundum usum reipublicae, non potes ducere sine privilegio principis* (9). *Et in hoc casu procedit, quod dicitur in hoc interdicto de aqua ex castello ducenda, id est, de eo receptaculo quod aquam publicam suscipit* (10). *Vel aliter potest dici secundum Rofred. loquitur forte in hoc casu hoc interdictum: Habeo praedium meum vel domum meam juxta flumen vel rivum: inter praedium meum et domum meam est via publica: volo ducere aquam supra viam publicam ad praedium meum: vel ad domum meam et facere castellum quoddam, id est, receptaculum quod suscipiat aquam illam publicam, certe hoc non possunt facere sine permissu vel mandato principis: et quod ita sit intelligendum istud interdictum probatur* (11), *vel ita potes ponere exemplum: habeo domum meam ex una parte viae publicae, et aliam do-*

tende parlare della condotta dell' acqua dal fiume pubblico; del resto, se l'acqua si deriva d' altronde, ed ha una causa continua di servitù, questa s' acquista col lungo tempo. Così vuole Roffredo, e notalo bene. 5.° È necessario, che quegli che vuol condur acqua, la conduca così che non nuoccia ai vicini. Difatti il principe, che concede a taluno il diritto di condur acqua, si riguarda concederlo senza danno ed offesa degli altri; imperocchè i rescritti del principe, ed i privilegi si sogliono concedere senza ingiuria di chicchessia, come dicono i testi. Ma contro le esposte cose sostiene Roffredo, e sembra secondo lui, che questo interdetto non abbia luogo. Imperocchè la sua ragione è, che alcuno conduca l' acqua pubblica con licenza del principe, come fu detto; ma si può dire al contrario, che anche senza licenza del principe io posso condur acqua, perchè i fiumi sono pubblici; e posso condurla di mia autorità, qualora l' imperatore od il senato non mel proibisca. Si risponderà, secondo Roffredo, che ciò è vero, quando tu potessi condur l' acqua dal fiume pubblico, anche senza principe; ma l' acqua pubblica, cioè destinata al pubblico uso, giusta il costume della repubblica, non puoi condurla senza privilegio del principe. E in questo caso procede ciò che si dice per l' interdetto *dell'acqua da condursi dal castello*, ossia dal serbatoio che accoglie l' acqua pubblica. Oppure si può dire altrimenti, secondo Roffredo. Io ho il mio fondo o la mia casa presso un fiume o canale; tra il mio fondo ed il fiume sta la strada pubblica; io voglio condur l' acqua sopra la pubblica strada al mio fondo, oppure alla mia casa e farne qualche castello, cioè un serbatoio, che accolga quell' acqua pubblica; certamente non posso farlo senza permesso o mandato del principe. E che così si debba intendere questo interdetto, lo provano i testi. — Oppure puoi dare quest' esempio. Io ho una casa da un lato della strada pubblica.

Digitized by Google

est, receptaculum, quo recipiam aquam fluvialem: certe non possum sine licentia principis. Nam pontem super viam publicam facere nulli conceditur (1), *et idem tenet Barthol.* (2) *et Dominicus de sancto Gemin.* (3) *qui dicit* (4) *quod si aliquis habet duas domos, et in medio ipsarum est flumen, non poterit facere pontem super eo.*

CIX. *Libellus autem in hoc interdicto ita formari potest: Coram vobis Domino M. conqueror ego quod Albert. de Daventria, injuste prohibet me, sive impedit aquam ducere ex castello: id est, ex illo tali receptaculo, quod continet aquam publicam, ex quo loco est mihi jus, sive competit aquam ducere. Unde ne me prohibeat, ago contra ipsum, et ad hoc propono interdictum de aqua ex castello ducenda, vel actionem in factum. Et quod ita concipiatur iste libellus:* probatur in l. (5).

CX. *Positiones vel capitula actoris ita formari possunt. Ego A. dico, quod in tali loco est receptaculum quoddam, in quo colligitur aqua publica. Item quod locus ille vocatur castellum. Item quod Imperator vel senatus concessit mihi ducere aquam ex illo loco. Item quod tu prohibes me illam aquam ducere. Item, quod quando volui ducere aquam illam, volo tibi cavere nomine damni infecti. Item quod aquam illam duco, et volo ducere sine damno tuo et vicinorum.*

CXI. *Positiones vel capitula ita formari potest e contra ipse reus: Ego primo dico quod locus ille in quo aqua recipitur, est privatus. Item quod tu aquam ducis, sive vis ducere sine privilegio principis vel senatus. Item quando volebas aquam ducere, petii ut mihi caveres de damno infecto et tu cavere recusasti. Item quod vis aquam ducere cum incommodo meo, et vicinorum meorum. Item quod Titius tantum tibi infert violentiam, et non ego. Quartum est interdictum de rivis, quod competit, si quis habet aliquem rivum per quem ducit aquam, et prohibetur*

formare un castello o serbatoio, che riceva l'acqua dal fiume; certamente non posso farlo senza permesso del principe; avvegnachè a niuno sia concesso di fabbricare un ponte sopra la pubblica strada. Così dicono Bartolo e Domenico da san Gemignano, il quale dice, che se alcuno ha due case, ed in mezzo di esse è un fiume, non potrà fare un ponte sopra questo.

CIX. Il libello poi in questo interdetto si può formare così: « Alla presenza di voi messer M. io mi lagno di Alberto di Daventric, che ingiustamente mi vieta o m' impedisce di condur l'acqua dal castello, cioè da quel serbatoio che riceve l'acqua pubblica, dal quale luogo io ho diritto di condurla. Affinchè non me lo vieti più oltre, agisco contro di lui, ed a tal fine propongo l'interdetto *dell'acqua da condursi dal castello*, oppure l'azione *in fatto*. » E che così debba esser concepito questo libello, lo provano i testi.

CX. Le posizioni o capitoli dell' attore si possono formare così: « Io A. dico, che nel tale luogo è un certo serbatoio, nel quale si raccoglie l' acqua pubblica. Del pari, che quel sito si chiama *castello*. Parimente, che l' imperatore od il senato mi concesse di condur acqua da quel luogo. Parimente, che tu mi vieti di condurla. Così pure, che quando ho voluto condurla, ti ho guarentito del danno temuto. Così pure, ch' io conduco e voglio condurre quell' acqua senza danno tuo e dei vicini. »

CXI. Il reo invece può formare così le sue posizioni o capitoli. « Io dico primamente, che quel luogo, nel quale si riceve l' acqua, è privato. Del pari, che tu conduci l' acqua o vuoi condurla senza privilegio del principe o del senato. Parimente, che quando volevi condurla, io t' ho richiesto garanzia pel danno eventuale, e tu me l'hai rifiutata. Parimente, che vuoi condur l' acqua con danno mio e de' vicini. Del pari, che Tizio soltanto ti fa violenza, non già io. » Il quarto è l' interdetto *dei rivi*, il quale compete, allorquando alcuno ha qualche canale pel quale conduce l' acqua, e gli vie-

Digitized by Google

interdictum (1). *Et idem est etiam si aliquis habeat specus* (37*) *vel septa in flumine, vel habeat incile vel puteum, et vult ducere aquam, vel reficere, vel purgare, sed ab aliquo prohibetur, habet locum interdictum de rivis* (2).

CXII. *In quo autem praedicta inter se differant, dic: Rivus est locus per longitudinem depressus, quo aqua ducitur. Specus est locus ex quo despicitur, inde specula dicta et est specus locus altus supra terram aedificatus, ex quo aqua ducitur* (3), *quae declarat quot modis accipiatur specus. Septa sunt, quae apponuntur aquae derivandae causa, compellendaeve ex flumine, sive ea lapidea sint, sive lignea, sive ex qualibet alia materia: sive ad continendam transmittendamve aquam. Incile autem est locus depressus ad latus fluminis, ex eo dictus quod incidatur. Inciditur enim vel lapis vel terra: unde primum aqua ex flumine agi, id est, duci possit* (4), *et ad hoc ut competat hoc interdictum, quinque sunt necessaria.*

CXIII. *Primum, quod rivus ille sit factus causa aquae ducendae* (5). *Secundum quod illo rivo sit hoc anno usus vel priori aestate* (6). *Tertium, quod sit usus non vi, non clam, non precario* (7). *Quartum, quod quis prohibeat te volentem ducere aquam, vel reficere, vel purgare rivum* (8). *Quintum, quod eo modo ducat, et per eum locum, sicut duxit hoc anno vel priori aestate: alioquin impune prohibetur* (9). *Verumtamen novum canalem vel fistulas ponere poterit in rivo: licet non habuerit, dummodo non incommodetur agro illius, per quem aqua ducitur* (10). *Et sciendum est, quod si denunciatur novum opus illi qui volebat rivum reficere, non valet nunciatio, quominus possit reficere, licet per negatoriam possit prohiberi* (11). *Nec facio differentiam utrum sit rivus in publico, an in privato, sive sit rivus aquae calidae sive frigidae. Nam etiam pro rivo, per quem aqua in vaporibus balnearii trahitur, locum habet hoc interdictum.*

dato si fatto interdetto. Egualmente accade, se alcuno ha uno *speco* (37*) od una *chiusura* nel fiume, oppure un *incile o pozzo*, e vuol condur l' acqua o ristaurare o purgare e ne è impedito da un terzo, perchè anche allora ha luogo l' interdetto dei *rivi*.

CXII. In che poi differiscono le predette cose? Rispondi: il *rivo* è un luogo incavato per lunghezza, nel quale si conduce l' acqua. *Septe* o *chiusure* sono quelle che si pongono nel fiume onde derivare l' acqua o costringerla, tanto se sono di pietra, quanto se di legno o di qualsivoglia altra materia, oppure onde contenerla e trasmetterla. *Incile* poi è un luogo basso a canto del fiume, così detto perchè è scavato; imperocchè si scava nella pietra o nel terreno al fine che l' acqua si possa condurre dal fiume. E perchè competa questo interdetto, sono necessarie cinque cose.

CXIII. 1.° Che il canale sia fatto per lo fine di condur acqua. 2.° Che tu abbia usato di esso nell' ultimo anno o nella state precedente. 3.° Che tu n'abbia usato non per forza, di soppiatto o precariamente. 4.° Che alcuno ti proibisca di condur acqua, di ristaurare o purgare il canale. 5.° Che tu conduca l'acqua in quel modo e per quel luogo, nel quale la conducesti in quest' anno o nella state anteriore; altrimenti si proibisce impunemente. Nondimeno potrai porre una nuova doccia o condotti nel rivo, benchè non li abbia avuti prima, purchè non rechi danno al campo di quello, pel cui fondo l' acqua è condotta. E deesi sapere, che se viene denunciato il nuovo lavoro a quello che voleva ristaurare il canale, la denunzia non vale allo scopo che non possa ristaurare, benchè ciò gli possa esser proibito mediante la *negatoria*. Nè faccio differenza, se il *rivo* sia nel pubblico o nel privato, o sia rivo d' acqua calda o fredda. Imperocchè questo interdetto ha luogo an-

Digitized by Google

CXIV. *Sed illud quaeritur, si volo reficere rivum, et adversarius meus intentat contra me negatoriam, an sum a refectione prohibendus? Et videtur quod sic* (1). *In contrarium videtur, quod non sim repellendus: quia nunciatio novi operis in refectione contemnitur* (2) *et quia interest reipubl. rivos refici, ne homines siti moriantur*, ut l. fin. de rivis. *Sed in hoc sic dic secundum Rofred.* tit. de rivis, *quod aut ille, qui vult reficere, est in possessione illius rivi, et tunc non potest prohiberi per negatoriam quominus reficiat. Aut non est in possessione, et tunc prohiberi poterit* (3), *nisi in eodem casu quo rivus ille necessarius esset propter sitim: tunc enim non facta distinctione possessionis, crederem ipsum reficere, etiam si negatoria ab adversario intentetur, et ideo quod dicitur* (4), *quod possum eum prohibere per negatoriam, intellige verum, quando non publica causa volebat reficere, sed propter suum commodum, vel propter suam sitim.*

CXV. *Libellus in hoc interdicto ita concipi potest: Coram vobis do A. conqueror ego B. de M. qui me prohibet vel impedit ducere aquam per rivum, septa, vel specum, vel puteum, sicut priori aestate, vel hoc anno duxi: vel prohibet sive impedit me reficere. Unde ne me prohibeat vel impediat, ago contra ipsum, proponens ad hoc interdictum de rivis, vel actionem in factum ejus loco surrogatam, et quod ita recte concipiatur libellus, probatur* (5).

CXVI. *Sed circa istum libellum quaeritur, quando concipio libellum in dictam aquam per septa, vel cuniculum, vel specum, vel puteum, an recte proponatur in hoc interdicto de rivis: dic quod sic, cum nomen rivi sit generale, et omnia praedicta sub se comprehendat* (6), *vel dicit Rofr. quod proponens in libello interdictum de specu, vel interdictum de septis quando velles agere de puteo, bene posses: vel dic tertio, quando velles agere pro talibus, dicas, propono utile interdictum de rivis. Ego tamen credo, quod*

(1) *Per d. § hoc interdictum.*
(2) *Ut l. 3. § si quis rivum reficienti, ff. de rivis, et facit l. 1. § in operis, ff. de nov. oper. nunc.*
(3) *Argum. ff. de aqua quot. et aesti. l. si de via itinere.*

CXIV. Si chiede poi questo: s'io voglio ristaurare il rivo, ed il mio avversario intenta la *negatoria* contro di me, mi può venir proibito di farlo? Sembra che sì per alcuni testi, ed all'opposto sembra che no; perchè la denunzia del nuovo lavoro si disprezza nel ristauramento, e perchè giova al bene pubblico che i rivi sieno ristaurati, onde gli uomini non muoiano di sete. Ma rispetto a ciò di' nel modo seguente, secondo Roffredo: O quegli che vuole ristaurare è in possesso di quel rivo, ed allora non può essergli proibito colla *negatoria* di ristaurarlo. O non è in possesso, ed allora potrà essergli proibito, tranne il caso, in cui quel rivo sia necessario per dissetare, imperocchè allora, senza far distinzione di possesso, io crederei che potesse ristaurarlo, ancorchè gli sia intentata contro la *negatoria* dall' avversario; e però ciò che dicono i testi, che, cioè, io possa proibirglielo colla *negatoria*, s' intende esser vero, quando si vuole ristaurare, non per causa pubblica, ma per il proprio vantaggio o per la propria sete.

CXV. Il libello in quest' interdetto può esser concepito così: « Alla presenza di voi, messer A., io B. mi dolgo di M., il quale mi proibisce od impedisce di condur acqua per il rivo, per le chiusure, per lo speco, o per il pozzo, come nell'antecedente estate, o nel presente anno condussi; oppure mi proibisce od impedisce di ristaurarlo. Affinchè non mi vieti od impedisca più oltre, agisco contro di lui, proponendo a tal uopo l' interdetto *dei rivi*, oppure l' azione *in fatto* ad esso sostituita. » E che il libello sia ben formato di questa guisa, lo provano i testi.

CXVI. Ma circa questo libello si dimanda: concependo il libello circa la detta acqua, che conduco per le chiaviche, o per canale sotterraneo, o per uno speco, o per un pozzo, è forse bene proposto questo interdetto *dei rivi*? Rispondi che sì, perchè il nome di *rivo* è generale, e comprende in sè tutte le dette specie. Oppur di' con Roffredo, che proponendo nel libello l' interdetto delle chiusure o dello *speco*, se volessi agire circa il pozzo, ben lo potresti. Oppur di' in terzo luogo che quando si volesse agire per queste cose, si potrà dire: propongo l' utile interdetto *dei rivi*. Io credo

(4) *Eod. tit. l. Servius, § si quis rivum.*
(5) *Ff. de rivis, l. 1. in princ.*
(6) *Ut probatur in d. l. 1. ff. de rivis, conjuncta rubrica.*

Digitized by Google

prima conceptio libelli sit magis juri consona, ut probatur in d. l. (1) *ubi probatur quod rubrica illa de rivis est generalis ad rivos, specus, septa, vel puteum, vel etiam fossam* (2). *Nec obstat ille*, § hoc interdictum (3), *ubi dicit quod competit utilis actio in factum, et utile interdictum de rivis: quia in vaporibus balneariis bene competit utile interdictum, ut ibi: sed in aliis praedictis competit directum* (4).

CXVII. *Positiones aut capitula actor ita formari potest: Ego autem dico quod rivus talis, cujus fines sunt tales, est factus aquae ducendae causa. Item quod per illum rivum duxi aquam hoc anno vel priori aestate. Item quod illam aquam duxi non vi, non clam, non precario. Item quod prohibes me volentem reficere. Item quod eo modo per loca praedicta aquam ducere volo, sicut duxi hoc anno. Eodem modo positiones et capitula fieri possunt, quando aliquis vult aquam ducere per specum vel septa, vel puteum, vel etiam ad balneum per cunicules* (5).

CXVIII. *Reus autem e contra potest facere positiones vel capitula hoc modo: Ego M. dico, quod ille rivus est minus idoneus ad suscipiendam aquam, si hoc confitetur actor, succumbit, et absolvitur reus: quia non est rivus propter aquam accipiendam. Item quod jam sunt duo anni, quod per illum rivum destitisti aquam ducere, et si hoc confitetur actor, succumbit: quia non duxit aquam hoc anno vel priori aestate. Item quod tu aquam illam duxisti vi, clam vel precario a me. Item quod Titius tantum te prohibuit volentem ducere aquam vel reficere, et non ego te prohibui. Item quod alio loco et alio modo volebas aquam ducere quam consueveris aquam ducere: et est utile hoc ponere.*

(1) *l. in princ. conjuncta rubrica.*
(2) *Ut d. l. 1. in prin. usque ad § deinde ait praetor. Facit ad hoc l. 1. ff. si cert. peta. et probatur in d. l. Servius, § hoc interdictum in prin.*

nondimenò, che la prima forma di libello sia più consentanea al diritto, come lo dimostrano i testi, i quali provano, che quella rubrica dei rivi è generale sì per i canali come per gli spechi, per le chiaviche, per il pozzo, ed anche per la fossa. Ned osta a ciò il § *hoc interdictum* della legge *servitus ff. de rivis*, ove è detto, che compete l'azione utile *in fatto* e l'utile interdetto *de rivis*; perchè rispetto ai fumi dei bagni l'utile interdetto compete giustamente, ma rispetto alle altre cose compete invece il diretto.

CXVII. Le posizioni o capitoli dell'attore si possono formare così: « Io dico che il tal canale, i di cui confini sono questi, è fatto per condur acqua. Del pari, che per esso condussi acqua in quest'anno o nella state precedente. Del pari, che la condussi nonper forza, nè di soppiatto, nè precariamente. Del pari, che mi proibisci di ristaurarlo. Parimente, che voglio condur acqua pel luogo predetto, nello stesso modo che in quest'anno. » In egual modo si possono fare le posizioni e capitoli, quando alcuno vuole condur acqua per lo speco, per le chiaviche, per il pozzo, oppur anco per canali sotterranei al suo bagno.

CXVIII. Il reo al contrario può fare le sue posizioni o capitoli a questo modo: « Io M. dico, che quel canale non è atto a condur acqua (se ciò confessa l'attore, soccombe, ed il reo viene assolto, perchè il canale non è tale che possa accorre acqua). Del pari, che già sono due anni che hai desistito di condur acqua per quel canale (e se ciò confessa l'attore, soccombe, perchè non condusse acqua nell'ultimo anno o nella state precedente). Parimente, che tu hai condotto quell'acqua per forza, nascostamente o mediante preghiera. Del pari, che Tizio soltanto ti proibì di condur acqua o di ristaurare il canale, non già io. Parimente, che volevi condur l'acqua per altro sito ed in modo diverso da quello che costumavi (ed è util cosa il por ciò) » (*l*).

(3) *In versic. in balneariis vaporibus.*
(4) *Ut patet ex praedictis.*
(5) *Ut dixi supra, et ff. eod. l. Servius, § hoc interdictum.*

Digitized by Google

(3*) *Realis.* — Servitus realis dicitur, quae concessa est rei certae per loci expressionem, et transit ad haeredem et successores, alias dicitur personalis, et rem non sequitur (1), sed Flor. ibi dicit esse personalem, quando constituitur Titio ad domum, vel ad alium locum, quo velit. Item dicit Bald. ibi, quod dicitur realis, quando constituitur servitus aquaeductus ad talem fundum, sed si additur, vel alibi quocunque vis, dicitur personalis, et cum persona finitur. Bart. et Flor. (2) dicunt, quod praesumitur realis. Ideo Flor. ibi dicit eam transire in singularem successorem, quod tamen non est in prima (3).

(4*) *Parte fun.* — Pars dicitur fundus, et venit in legato fundi (4).

(5*) *Aequaliter.* — Cum quid fieri debet, debet fieri arbitro boni viri (5). Et adde dicta per Barthol. (6).

(6*) *An desinat.* — Desinere velle quomodo quis prohibetur (7).

(7*) *Acquiritur.* — Acquisitio per quas personas fieri potest, vide in titul. (8).

(8*) *Public. util.* — Utilitas publica praeferetur privatae (9), quod verum etiam si includat in se privatum (10).

(9*) *Conces. uni.* — Aqua uni concessa potest alteri concedi: si utriusque sufficiat non aliter (11).

(10*) *Aqua divi.* — Aqua pluribus debita, jure servitutis, debet dividi inter omnes, quibus debetur (12).

(11*) *Flum. publ.* — Aqua ex flumine publico potest deduci ad irrigandos agros per vicinos, dummodo faciant sine alterius injuria (13). Vide Bart. (14) ubi dicit verum, si potest retinere flumen.

(12*) *Alveum.* — Flumina sunt communia usque ad dimidium alvei utrinque vicinantium (15). Et intellige de aqua, non de alveo: quia non est communis secundum Bald. (16).

(13*) *Propr. autho.* — Propria authoritate an et quando quis facere potest: vide supra de servit. urban. cap. 30. c. 79. et in c. 81. et in Specul. de action. versi. item vi. uit. quaest.

(14*) *Damnum.* — Damnum pati dicitur etiam is, cui aufertur commodum sibi proveniens: ex publico, non si ex privato (17).

(15*) *Molendino.* — Aqua unius molendini potest diverti quocunque per dominum molendini, et denegari alteri molendino inferius posito, licet de-

(3*) *Reale.* — Servitù reale si dice quella, che vien concessa sopra una cosa certa per determinazione del luogo, e passa agli eredi e successori; altrimenti si direbbe personale, e non seguirebbe la cosa. Ma Floriano dice, ch' è personale quando viene costituita a Tizio per la cosa o altro luogo che sia. Lo stesso dice Baldo, cioè, che si chiama reale, allorchè la servitù d' acquidotto viene costituita al tale fondo, ma se si aggiunge: *oppure dovunque vuoi*, allora si dice personale e finisce con la persona. Bartolo e Floriano dicono che si presume reale. E perciò Floriano soggiunge, che passa nel successore singolare, il che nondimeno non avviene per la prima.

(4*) *Parte di fondo.* — La parte di fondo si dice *fondo*, e cade nel legato del fondo.

(5*) *Egualmente.* — Dovendosi far qualche cosa, si deve fare ad arbitrio di un onest' uomo. Ed aggiungi ciò che dice Bartolo.

(6*) *Se cessi.* — In qual modo si proibisca di abbandonare a chi lo vuole, vedi ne' testi.

(7*) *Si acquista.* — Mediante quali persone si faccia l' acquisto, vedi ne' testi.

(8*) *Pubblico vantaggio.* — Il vantaggio pubblico si preferisce al privato; il che è vero, anco se in sè racchiude il privato.

(9*) *Concessa ad uno.* — L' acqua concessa ad uno può essere conceduta ad un altro, qualora basti ad ambedue; non già se altrimenti.

(10*) *Acqua divisa.* — L' acqua dovuta a più persone per diritto di servitù, dev' esser divisa fra tutti, a' quali è dovuta.

(11*) *Fiume pubblico.* — L' acqua può derivarsi dai vicini dal fiume pubblico per irrigare i campi, purchè lo facciano senza danno altrui; e Bartolo dice esser ciò vero, se sia veramente fiume.

(12*) *Alveo.* — I fiumi sono comuni sino alla metà dell' alveo per ogni confinante. Ed intendi ciò rispetto all' acqua, non già per l' alveo, perchè non è comune, secondo Baldo.

(13*) *Di propria autorità.* — Se e quando alcuno possa fare di propria autorità, vedi nei capi 30, 79, 81 di questo trattato.

(14*) *Danno.* — Si dice soffrir danno anche quegli, al quale è tolto il vantaggio che gli proviene dal pubblico, non già se dal privato.

(15*) *Molino.* — L' acqua di un molino può esser divertita in altri siti dal padrone del molino, ed esser negata ad un altro molino posto più basso, ben-

(1) *L. Lucius, et ibi per Barthol., Bald. et D. Lud. in fin. versi. servitus, per quaedam fuit, etc.*

(2) *In l. cum fundo, de serv. rust. praed.*

(3) *Ut ibi per Bald. et vide omnino supra Barthol. Caepol. in tit. de serv. reali.*

(4) *L. plane, § fi. de leg. 1. in Specul. de proba. § 1. versio. quid si pars.*

(5) *Bart. in l. 3. in princ. D. de annu. leg.*

(6) *In l. cum pater. § dulcissimis, de lega. et in l. Lucius, in princ. D. ad Treb.*

(7) *Not. in l. quod ait § ait lex. D. de divor.*

(8) *C. per quas personas not. acquiritur, et Instit. eod. titul.*

(9) *L. 1. § fin. et ibi Barthol. C. de cap. coll. et l. 1. et ibi Doct. D. solut. matrim. et ibi Barthol. in 6 colum. in vers. cum enim quaeritur u-*

condi. in ser. et in c. 1. § si quis de manso. 6. col. in vers. considera. quod quaedam, de controver. invest. in usib. feud. et Barthol. in l. quominus, 5. quaest. D. de flum. et Flor. in l. per quem locum, D. de serv. rust. praed. et in l. 2. § aquaeduct. D. de eod. tit. et per Alex. consi. 2. 14. parte.

(12) *Bald. in l. pen. 1. col. in vers. item si duo habent. C. de condi. in serv. et in l. si quis. et ibi Bart. C. de aquaeduct. lib. 11, et Bald. in tit. de pac. Constant. § nos Romanos, 3. col. in fin. vers. item not. quod interdum.*

(13) *L. Imperatores, et ibi Barthol. et Flor. D. de servit. rust. praed. Sed contra no. in l. usura, et ibi Bart. C. de aquaeduct. lib. 11.*

(14) *In l. quominus in princ. in 2. oppo. D. de flum.*

Digitized by Google

ducatur de flumini publico, nisi servitus debeatur (1).

(16**) *Occupare.* — Occupans propria authoritate in casu quo de jure potest, officium judicis potest implorare, ut defendatur vi futura (2).

(17*) *Occupasse.* — Occupare dicitur qui incipit opus et prosequitur, non qui desistit: nisi pro modico tempore desistat (3).

(18*) *Perenne.* — Perenne flumen dicitur, quod continue currit, scilicet, in aestate et hyeme (4).

(19*) *Stagnum.* — Adde Spec. (5).

(20*) *Consuetudo.* — Consuetudo in cursu aquae inspicitur, ut ibi, et tenet Bart. Caepol. (6).

(21*) *Alveum.* — Alveum fluminis an sit communis sicut aqua, vide Bart. (7).

(22*) *Quasi possessio.* — Quasi possessio probatur per usum 30. dierum ad minus (8).

(23*) *Jure facultatis.* — Facultas libera intelligitur, dummodo juris ordo servetur (9).

(24*) *Fluens.* — Aqua per se fluens per certum locum non inducit consuetudinem vel praescriptionem (10).

(25*) *Ius piscandi.* — Piscationes sunt permissae, vel prohibitae secundum consuetudinem (11).

(26*) *Aqua.* — Veniens ad fundum meum ex fundo vicini jure servitutis per cloacam vel aquaeductum, non potest per me concedi alteri, ex illo aquaeduct. (12), quod est verum, nisi postquam est ingressa in fundum meum.

(27*) *Nocet Gaio.* — Nocet alteri quis non debet, etiam ut sibi promisit (13). et contrafaciens non debet audiri (14) nisi faciat animo consulendi sibi, non animo nocendi (15).

(28*) *Actio directa.* — Actio directa quae dicatur, vide Bald. (16). Item actiones directae effectus varios vide apud Spec. (17).

(29*) *Utilis.* — Actio utilis praefertur directae (18).

(30*) *Modica laesio.* — Modica laesio non facit dari rest. in integ. (19).

(31*) *Conventio.* — Conventio est contractus nominatus ex communi usu loquendi (20).

(32*) *Actio confessoria.* — Actio confessoria est in rem, et competit domino pro servitute, et sic pro jure incorporali (21). Item datur contra impedientem

(1) *Bald. in l. aquam quae circa princ. C. de ser. et aq.*

(2) *Bald. in l. si servus tuus, C. quod cum eo.*

(3) *Bart. in l. quominus 5. quasi fin. de flum.*

(4) *Specu. de caus. possi. et prop. vers. 3. quid ergo.*

(5) *Ubi supra de causa possess. et proprie in princ. in 8. col. in vers. octavum est, ut liceat.*

(6) *Supra in tract. de servit. urban. c. 7. ubi vide omnino, et in l. si manifeste, ubi est casus, C. de serv.*

(7) *In tracta. de alluvi. 1. lib. ver. item videndum est, utrum et Bald. in c. ex literis. pen. col. de proba. et vide Bart. in tract. Tyb. lib. 16. char.*

chè sia derivata dal fiume pubblico, purchè non sia dovuta servitù.

(16*) *Occupare* — A chi occupa di propria autorità, quando lo può di diritto, è lecito implorare l'ufficio del giudice, onde esser difeso da una violenza futura.

(17*) *Aver occupato.* — Si dice occupare chi comincia un lavoro e lo prosegue, non già chi desiste, purchè non desista per poco tempo.

(18*) *Perenne.* — Si dice perenne il fiume che corre continuamente, cioè, in estate ed in inverno.

(19*) *Stagno.* — Aggiungi lo Speculatore.

(20*) *Consuetudine.* — La consuetudine si osserva rispetto al corso dell' acqua, come opinano Bartol. Cipolla.

(21*) *Alveo.* — Se l' alveo del fiume sia comune come l' acqua, vedi Bartolo.

(22*) *Quasi-possesso.* — Il quasi-possesso si prova coll' uso di 30 giorni almeno.

(23*) *Diritto di facoltà.* — La facoltà s' intende libera, purchè si osservi l' ordine di diritto.

(24*) *Fluente.* — L'acqua che corre di per sè per un certo luogo, non induce la consuetudine o la prescrizione.

(25*) *Diritto di pescare.* — Le pescagioni sono permesse o vietate, secondo la consuetudine.

(26*) *Acqua.* — L' acqua che viene al mio fondo dal fondo del vicino per diritto di servitù, mediante cloaca od acquedotto, non può esser da me concessa ad un altro da quell'acquedotto. Lo che è vero allorquando sia entrata nel mio fondo.

(27*) *Nuoce.* Nessuno deve nuocere altrui, ancorchè gli sia stato permesso; e chi contravviene non dev' essere ascoltato, se non allorquando il faccia con animo di giovare a sè stesso, non già di nuocere altrui.

(28*) *Azione diretta.* — Quale si dica azione diretta, vedi in Baldo, e quali sieno gli effetti diversi, vedi nello Speculatore.

(29*) *Utile.* — L' azione utile si preferisce alla diretta.

(30*) *Lesione moderata.* — La lesione moderata non dà luogo alla restituzione in intero.

(31*) *Convenzione.* — La convenzione è un contratto nominato dal comune uso di parlare.

(32*) *Azione confessoria.* — L' azione confessoria è contro la cosa, e compete al proprietario per la servitù, quindi anche per un diritto incorporale. Così pure si dà contro chi impedisce l'uso della ser-

(11) *L. si quispiam. C. de diver. et temp. prae. Instit. de rerum div. § flumina, Jacob. Alva. Padua. in cap. 1. quae sint rega. Bart. Caepol. in l. inter publ. § 1. D. de verb. sign.*

(12) *L. ex meo, et ibi Bart. ff. de serv. rust. praed.*

(13) *In Specul. de 1. et 2. decret. § 5. ver. porro.*

(14) *In Specu. de feu. § 2. ver. 11.*

(15) *Eo § versi. 12.*

(16) *In l. ex legato, C. de leg. in l. debito, et in l. ex asse, per Bart. ad Treb.*

(17) *De actio. seu petit. § 2. versic. summa, et sequen.*

Digitized by Google

usum servitutis (1). Item ut destruatur aedificium contra servitutem (2).

(33*) *Reficere.* — Adde Bart. et Alexand. (3).

(34*) *Aestas.* — Aestas an et quando incipiatur (4).

(35*) *Genus.* — Genus non possidetur, nec est in dominio alicujus (5).

(36*) *Species.* — Species cum petitor, quid sit exprimendum in libello, vid. in Spec. (6). Et species derogat generi ex tacita voluntate contrahentium, Barthol. (7).

(37*) *Specus.* — Specus quae dicatur vide Spec. (8).

(1) *L. si quis, § agi. si servit. vend. et l. si forte, § etiam eod. tit.*

(2) *L. fin. D. eod. tit.*

(3) *In § si quis aedificium, per gloss. in l. 1. § pen. de mor. in fer. facit. c. consuluit de Judaeis, et l. fin. C. eod. tit.*

(4) *L. 1. § aestatem, et ibi glossi. de aqua quot. et aesti. Bart. in l. 2. § aestas, D. ne quid in loc. publ.*

vità. Del pari, perchè sia distrutto l'edificio costruito contro la servitù.

(33*) *Ristaurare.* — Aggiungi Bartolo ed Alessandro.

(34*) *Estate.* — Se è quando cominci l'estate, vedi ne' testi.

(35*) *Genere.* — Il genere non si possede, ned è in dominio di alcuno.

(36*) *Specie.* — Quando si chiede la specie, che cosa si debba esprimere nel libello, vedi nello Speculatore. La specie poi deroga al genere per tacita volontà de' contraenti, come dice Bartolo.

(37*) *Speco.* — Quale si dica *speco*, vedi nello Speculatore.

(5) *Bald. in l. 2. in fin. principii, C. communia, de lega.*

(6) *De lib. conc. ver. juxta, in 5. colum. versi. item non valet.*

(7) *In l. sed si D. pro socio.*

(8) *De causa poss. et proprie, § 4. versi. sed et si.*

ANNOTAZIONI AL CAPO IV.

(*a*) Sul § I del presente Capo, trovo di osservare quanto appresso.

1.° Perchè vi abbia servitù di acquidotto, vi dee essere condotta d' acqua pel fondo altrui a vantaggio del mio. « Aquae ductus : jus aquam ducendi per fundum alienum. »

Quindi se io da un' acqua corrente o pubblica, o di altrui privata proprietà, che trovisi *immediatamente* al confine di un mio fondo, ne estragga per acquistatone diritto una data quantità a vantaggio di quel mio fondo, non vi avrà rigorosamente parlando servitù di acquidotto.

Non vi avrà, perchè introdotta da me da quel corso di acqua una data quantità di essa immediatamente nel mio fondo, io non la conduco pel fondo altrui.

Vi avrà bensì servitù di estrarre quell' acqua, giacchè nel corso di essa dal quale estraggo quella data quantità havvi il fondo serviente, giacchè nel mio fondo nel quale la introduco vi ha il fondo dominante, e perchè quel fondo serviente tollera che io ne la estragga a vantaggio del suddetto mio fondo dominante.

All' incontro quando io abbia il diritto di condurre un' acqua dal mio fondo nel fondo altrui, vi avrà quella servitù di acquidotto, essendovi allora la condotta per quel fondo altrui, e la tolleranza di questo nel lasciarla condurre.

Su questa servitù di acquidotto il Codice Napoleone non ha speciali disposizioni.

Bensì il Codice austriaco nei §§ 477 n. 2 e 497.

Combinando questi due §§ coll' annotazione posta in margine del secondo di essi, sembrerebbe però che quel Codice qualificasse servitù di acquidotto anche la semplice estrazione dell' acqua senza condotta pel fondo altrui.

Ma ciò a rigore, come ho osservato di sopra, non potrebb' essere.

Si confrontino poi la definizione e la spiegazione che dà della servitù dell' acquidotto il Romagnosi a pag. 278 e seguenti della sua condotta delle acque vol. 1. della edizione che ho più volte citata, con quelle che trovansi nel trattato del Pardessus da me pure citato a pag. 231.

2.° Questa servitù è posta fra le rustiche dal suddetto § 477 del Codice austriaco, ma può essere anche urbana, tanto pel § 474 di esso quanto per l' articolo 687 del Codice Napoleone.

Infatti se conduco l' acqua pel fondo altrui per animare una mia fabbrica di carta o i miei telaj, essa sarà urbana perchè stabilita per uso di fabbriche e ad uso diverso da quello della economia rurale.

Invece se la conduco per irrigare i miei terreni sarà rustica perchè serve a quei terreni, alla rurale economia.

Pegli articoli poi 688 e 689 del Codice Napoleone e per natura sua essa servitù è eziandio continua ed apparente.

Digitized by Google

3.° Io posso condurre quell' acqua con qualunque instrumento, canale, doccia ecc. che non sia escluso da titolo o da possesso, però in modo da non rendere più onerosa la condizione del fondo serviente come ho detto nell' annotazione *a* al Capo XXIII del trattato I.

Non vedrei quindi perchè colla limitazione di non recar quel minore anzichè maggiore aggravio, e quando non vi ostino il titolo ed il possesso, io non potessi anche condurla mediante istrumenti diversi da quelli di terra.

4.° Credo che possa venir accordata ed accettata servitù di acquidotto anche per acqua da rinvenirsi. Non rinvenuta ancora, la servitù starà in potenza. Quando sia stata rinvenuta e venga condotta, la servitù starà in atto.

5.° È certo che non essendovi servitù nessuno con tal titolo può condurre acqua pel fondo altrui.

Quella servitù può essere poi stabilita in tutti i modi da me accennati nelle annotazioni al Capo XIX del trattato I.

Fra questi modi havvi non solo la prescrizione (usucapione) ma eziandio nel Regno lombardo-veneto la disposizione della legge in quanto all' acquidotto coattivo portato dalla legge 20 aprile 1804 e dal decreto 20 maggio 1206 ancora in vigore, come ho detto in quelle annotazioni.

Non havvi però l' acquisto per consuetudine, intorno alla quale mi riporto a quanto ho detto specialmente nell' annotazione al Capo XXII del suddetto trattato.

6.° Qui l' autore dice che se non havvi servitù di acquidotto, nessuno può condurre acqua pel fondo altrui e che condotta senza volontà del padrone di questo fondo ei può proibirlo di sua autorità e rimoverla dal fondo stesso.

Intorno a ciò mi riferisco a quanto ho detto nell' annotazione *g* al Capo XXX del trattato I a proposito della servitù *tigni immittendi*.

(*b*) In questa annotazione esamino i §§ II-X del Capo presente del Cipolla.

Ei qui promuove due quistioni.

La prima, quando la condotta dell' acqua pel fondo altrui sia servitù reale (prediale) o soltanto un diritto personale.

La seconda, quando la servitù dell' acquidotto sia rustica e quando urbana.

Alla seconda quistione ho risposto nella precedente annotazione *a* al n. 2.

Alla prima quistione parmi di aver sufficientemente risposto nelle annotazioni *e* al Capo II ed *a* al Capo III del trattato I.

A questa prima quistione, ha risposto naturalmente meglio di me il Romagnosi nell' opera citata nella precedente annotazione *a* a pagine 316.

Parlando quel Sommo delle qualificazioni di reale e personale attribuite alla servitù di acquidotto, domanda qual sia il criterio che propriamente distinguer dee l' una dall' altra di quelle qualificazioni.

E risponde così:

« Questo criterio si deduce dalla destinazione ed uso concordato dalle parti. Un' acqua fu essa destinata ad un bisogno perpetuo, diretto, o ad un ufficio, ad una funzione » propria di un immobile? Allora dicesi reale. Fu dessa destinata o annessa ad uno sta» to, ad una quantità, ad una funzione personale? In allora dicesi personale malgrado che » la funzione immediata e materiale dell' acqua venga esercitata sopra un bene sta» bile, ecc. »

Digitized by Google

gione, una data quantità di essa a vantaggio del mio fondo, il concedente può darne altra quantità a terzi, quando la totalità dell'acqua stessa basti a tutti, e nessuno, nè specialmente il concessionario anteriore venga pregiudicato.

Lo dicono il § 486 del Codice austriaco, e l'articolo 4.° del decreto italiano 20 maggio 1806 n. 36 portante il regolamento per le irrigazioni e l'uso di acque per opificii.

3.° Tutte le legislazioni qualificano servitù il diritto di acquidotto.

a) Se è servitù, io ho soltanto l'uso e non la proprietà dell'acqua altrui, perchè se ne avessi la proprietà, sparirebbe ogni idea di quella servitù.

Se non ne ho la proprietà è chiaro che non posso disporne a favor di terzi, nè prima nè dopo entrata nel mio fondo.

Come servitù è stabilita inoltre a vantaggio del mio fondo e non dei fondi altrui.

Anche per questo io non posso disporne a favore dei fondi di terzi.

Che si tratti poi di uso e non di proprietà, lo si vede per le acque pubbliche dall'art. 2.° del suddetto decreto italiano del 1806.

Lo si vede eziandio dall'antica legislazione veneta sulle acque.

Per le venete leggi e specialmente pel decreto 6 febbraio 1556 tutte le acque senza distinzione furono dichiarate giurisdizione del Dominio.

« Tutte le acque di qualsiasi sorte, anche le fugaci, anche le uscenti da terreni di » ragione privata « dicono alcuni cenni storici che ho tratto da fonte pubblica ed auten» tica » erano pubbliche sotto l'antico Governo veneto.

» Ed esso, se si eccettui qualche raro caso anteriore al detto anno 1556, non ne con» cedeva mai la *proprietà* ad alcuno, ma soltanto l'*uso* e l'uso determinato, dopo il » quale ritornavano le acque allo *Stato* che pur *disponeva a suo grado delle sovrab*» *bondanti* quando n'era il caso, *e delle colatizie.*

b) Ritenuta dunque la regola, che quando io abbia diritto di estrarre da un'acqua pubblica o da un'acqua privata altrui e di condurre pel mio *uso* nel mio fondo una data quantità di essa, io non possa disporne a favore dei fondi di terzi, non nego però che quella disposizione potrebbe in via di eccezione essermi accordata dal titolo pel quale ho avuto quella servitù.

Resta a vedersi se io potessi acquistare il diritto di quella disposizione a favore dei fondi di terzi per possesso, ossia per usucapione.

Per l'articolo 2240 del Codice Napoleone mi sembra di no.

Per esso infatti non si fa luogo a prescrizione contro il proprio titolo all'effetto di cangiare riguardo a sè medesimo la causa ed il principio del suo possesso.

Ora nel caso concreto essendo causa e principio del mio possesso il semplice *uso* e non la *proprietà* dell'acqua che ho diritto di estrarre e condurre, non posso per prescrizione acquisitiva (usucapione) cangiare il primo nella seconda, per lo che limitato all'uso e non investito della proprietà di quell'acqua non posso disporne a favore dei fondi di terzi perchè disponendone avrei quella proprietà.

Lo stesso parmi poi che risulti anche dallo spirito del § 1462 del Codice austriaco.

c) La opinione però che il concessionario di un'acqua non possa mai disporne a favore di un fondo altrui, ha in riguardo al Codice austriaco un potente contradditore nello Schuster.

Questo chiaro scrittore distingue:

O l'acqua secondo lui trovasi nel fondo serviente senza che sia stata fatta passare ancora nel fondo dominante, ed allora crede che il concessionario non possa disporne a favore del fondo altrui perch' essa servir dee al fondo di lui.

O invece l'acqua è già passata nel fondo dominante, ed allora essendo essa divenuta sua proprietà può disporne ad arbitrio, e quindi anche a favor di terzi.

Digitized by Google

Sembrami però che sia impossibile sostenere nemmeno con ombra di fondamento, che passata l'acqua dal fondo serviente nel dominante, e trasportatala da questo in terzo fondo, non vi abbia trasferimento dal suddetto fondo dominante in quel terzo fondo, *trasferimento* questo *ad altra cosa*, proibito dal § 485.

Se lo Schuster ammette che vi abbia quel trasferimento proibito dal § 485 quando l' acqua non sia stata fatta ancora passare dal fondo serviente al dominante, per la stessa se non a maggior ragione dee concedere che vi abbia il suddetto trasferimento vietato anche quando l' acqua sia già passata nel fondo dominante.

Nel primo caso infatti havvi trasferimento *immediato* dal fondo serviente nel terzo fondo, proibito dal § 485.

Nel secondo caso havvi trasferimento *mediato*, cioè dal fondo serviente pel fondo dominante al terzo fondo, egualmente proibito da quel §.

Se dunque in ambedue questi casi havvi trasferimento dalla legge proibito, mi par chiaro che come nel primo eziandio nel secondo caso, il possessore del fondo dominante non possa disporre dell' acqua a favore di terzo fondo.

e) Aggiungasi che quando il titolo che ha costituito la servitù, non permetta quella disposizione dell' acqua a favore di terzi, l' acqua stessa pei §§ 472-474 del Codice austriaco serve esclusivamente *all' uso* più vantaggioso o più comodo del fondo dominante.

Dunque anche per questo non può esserne fatta disposizione a favore di un terzo fondo non stabilito come dominante nella costituzione della servitù.

f) Inoltre anche pel § 473 del suddetto Codice il fondo dominante ha il solo *uso* e non la *proprietà* dell' acqua.

Se non ne ha la proprietà, non ne ha la disposizione a favore di terzi, elemento questo essenziale del diritto di proprietà per l' altro § 354.

g) Finalmente o si vuole che in quella disposizione dell' acqua fatta dal proprietario del fondo dominante a favore di un terzo fondo vi abbia in un certo senso servitù imposta ad altra servitù, ed allora la suddetta disposizione portante una servitù sopra un' altra servitù non è permessa, se il titolo costitutivo non la porti, per quanto ho detto nell' annotazione *k* al Capo XIV del trattato I.

O vuolsi invece che nel caso concreto non vi abbia quella servitù di servitù, ma che vi abbiano due servitù attive, a vantaggio la prima del fondo dominante, e la seconda del terzo fondo a favore del quale il proprietario del fondo dominante ha disposto dell' acqua ad esso conceduta, ed in questo caso a dir vero non vedrei come il fondo serviente dovesse essere aggravato, oltre che della prima servitù costituita, anche della seconda servitù quando non fosse stata costituita.

Non vedrei quindi, come il proprietario del fondo dominante potesse disporre dell'acqua al solo suo fondo conceduta, lasciandola al terzo fondo a favore del quale non fu costituita la servitù; ed aggravandone così il fondo serviente di una seconda ed indebita.

i) Minore impressione mi fa poi ciò che dice in aggiunta lo Schuster, che se cioè il fondo, dominante il quale ha diritto all'acqua non potesse disporne a favore di un terzo fondo, ciò sarebbe lo stesso che obbligarlo a tenere in se l' acqua di cui abbisognava e che ha prestato per esso il proprio servigio, locchè sarebbe, dice quel chiarissimo autore, un assurdo.

Ciò mi fa minore impressione pel seguente motivo.

Dato che nessun terzo fondo domandasse al fondo dominante l' acqua della quale questo più non abbisogna, è certo che in riguardo a quel terzo fondo dovrebbe tenerla per se.

Ora se in questo caso dee tenersela, non è poi tanto assurdo che in altro caso, vale a dire in quello in cui il terzo fondo gliel'avesse domandata, non possa dargliela e debba pure tenerla per se.

k) Ma dice da ultimo lo Schuster:

Digitized by Google

Dunque per analogia e quando il suo titolo nol permetta nemmeno chi ha la servitù prediale di prendere l'acqua da un fondo serviente a vantaggio del proprio fondo dominante può trasferire in altri quel proprio diritto di servitù.

Ossia non può disporre a favore di terzi dell' uso che gli spetta di quell' acqua.

E sia pure che l' usuario possa vendere ad altri i frutti della cosa concedutagli ad uso.

Ma l' acqua che il fondo dominante estrae dal serviente è poi veramente un frutto di quest' ultimo fondo od invece del primo?

Non è un frutto del fondo serviente, cioè del corso d' acqua dal quale vien presa, giacchè è una porzione della sostanza di esso.

Non è nemmeno un frutto del fondo dominante perchè questo non la produce, e perchè se fosse frutto, d' altro fondo nol sarebbe se non del serviente.

L' analogia coi frutti a mio avviso qui dunque non regge.

4.° Riducendo ai loro minimi termini le cose dette dal Cipolla nei §§ XIII-XVI del presente Capo, sembrami osservar egli che il diritto di usare dell' acqua altrui sia tutto in tutto il fondo dominante e tutto in qualunque parte di esso, sicchè a questo il fondo serviente lo deve solidariamente ed indivisamente.

In conseguenza di ciò, soggiunge egli, se il fondo dominante viene diviso fra più comproprietarii, la servitù resta una sola perchè indivisibile.

Bensì l' uso e la comodità dell' acqua si ripartiscono fra le varie porzioni divise del fondo dominante in proporzione non già della utilità e bontà, sibbene in proporzione della estensione di ognuna di esse porzioni, vale a dire secondo la loro quantità e non secondo la loro qualità.

Poco dopo però osserva che se ad una parte del fondo dominante l' acqua non è nè necessaria nè utile, a quella parte non è dovuta la servitù.

Sicchè se il padrone del fondo dominante ne vende una porzione cui l' acqua non è nè necessaria nè utile, la servitù o comodità dell' acqua non passa al compratore o all' erede di lui.

E se ne vende altra porzione cui l' acqua è necessaria o vantaggiosa, allora la servitù segue la parte venduta.

Si potrebbe forse trovare che il Cipolla contraddica se stesso, sostenendo *prima* che divisò il fondo dominante fra due o più proprietarii in due o più porzioni, l' acqua debba fra queste essere divisa in proporzione della estensione ossia della quantità di ognuna di esse, e sostenendo *dopo*, che se ad una porzione l' acqua non è necessaria ovvero utile, non debba averne, e che averla debba la porzione cui è necessaria od utile, vale a dire che in questo secondo caso l' acqua stessa esser debba divisa non secondo la quantità od estensione, ma secondo la qualità delle porzioni.

Ecco ora intorno a tutto ciò la qualunque siasi mia opinione.

a) Credo di poter applicare anche alla servitù di derivare l'acqua altrui a vantaggio di un fondo dominante, quanto ho detto per le servitù in generale nelle annotazioni al Capo X del trattato I e per la servitù *viae* in particolare al n. 3 dell' annotazione e al Capo III del trattato II.

Vale a dire.

Suppongo che ad un fondo spettante ad un solo proprietario ovvero a più proprietarii in comune sia dovuta per irrigarlo la servitù di estrarre da un corso d'acqua altrui una data quantità di quell' acqua.

Quella servitù è dovuta fin dall' origine al fondo dominante:

aa) indivisamente come una sola e non come due o più servitù:

bb) insolidariamente, vale dire tutta a tutto quel fondo e tutta ad ogni singola parte di esso.

Nasce in progresso che il fondo stesso viene ripartito in due o più porzioni separate e divise fra due o più diversi proprietarii.

Digitized by Google

od altre di quelle porzioni, cessando così di essere a tutto quel fondo insolidariamente dovuta.

Mi pare ch' eziandio il proprietario del fondo serviente dovrà stare a quella convenzione alla quale è intervenuto.

Ma che cosa dovrà dirsi s' egli non vi sia intervenuto?

È certo ch' essa non può vincolarlo.

aa) Quindi egli dovrà come prima una sola ed unica e non già tante servitù separate quante sono le porzioni pur separate toccate ai varii proprietarii del fondo dominante.

Quindi la servitù resterà come prima indivisibile.

Ora domando.

Gli effetti di quella indivisibilità potranno giungere a tanto da dar diritto al proprietario del fondo serviente d' impedire ai due o più proprietarii del fondo dominante fra essi diviso di ripartire l' uso dell' acqua fra le loro porzioni?

Quando quella ripartizione non renda più onerosa la condizione del fondo serviente mi sembra a dir vero di no.

Io non vedo nel proprietario del fondo serviente, nel caso concreto, altri diritti se non quelli di volere che la servitù rimanga indivisibile, vale a dire che da una sola non si divida in due o più servitù separate quante sono le porzioni pur separate del fondo dominante diviso, e che l' uso di quella servitù per parte dei proprietarii di quest' ultimo fondo, non renda più onerosa la condizione del primo.

Ma a quei suoi diritti è stato soddisfatto, perchè colla ripartizione dell' uso dell' acqua fra le porzioni separate del fondo dominante la unica ed originaria servitù non si divide in più separate fra le varie porzioni di quel fondo, e perchè suppongo che la ripartizione di quell' uso non rechi maggior aggravio al fondo serviente.

Ma se restano così illesi i diritti del fondo serviente, non deggiono d' altro lato essere pregiudicati quelli del fondo dominante.

Questi diritti del fondo dominante sono, che l' uso dell' acqua è suo, e che lo esercita a suo vantaggio.

Essendo l' uso dell' acqua, cosa del fondo dominante, i proprietarii di questo fondo ponno esercitarlo in qualunque modo che non renda più grave la condizione del fondo serviente.

Dunque, non rendendo più grave la condizione del fondo serviente, ponno ripartire quell' acqua fra le due o più porzioni divise del loro fondo dominante.

Il proprietario del fondo serviente non ha nè diritto, nè interesse d' impedirlo.

Andando l' uso dell'acqua a vantaggio del fondo dominante, il proprietario del fondo serviente non può togliergli quel vantaggio quando non renda più onerosa la condizione del suddetto fondo serviente.

Ma gli toglierebbe quel vantaggio, quando potesse impedire la ripartizione dell' acqua fra le due o più porzioni divise di esso.

Dunque anche qui non ha nè diritto, nè interesse d' impedirla.

Non vedrei poi come i proprietarii delle porzioni separate del fondo dominante diviso potessero far uso dell'acqua, pel vantaggio di esse, senza ripartirsela e distribuirsela.

Anzi giungerei perfino a dire che se il titolo costitutivo la servitù dopo di aver accordato l' uso dell' acqua a vantaggio di tutto un fondo dominante, avesse vietato ch'essa venisse ripartita e distribuita fra le varie porzioni o ideali o fisiche in cui esso potesse essere diviso tra diversi proprietarii e lo avesse vietato in guisa che a nessuna di quelle porzioni toccare dovesse quel vantaggio, siffatto divieto porterebbe un patto invalido.

Esso toglierebbe infatti alla servitù uno degli essenziali caratteri di essa e le farebbe mancare lo scopo ed il fine per cui fu costituita, che sono quelli che vada a vantaggio di tutto il fondo dominante.

E per conseguenza, mentre da un lato sarebbe stata costituita la servitù, questa

Digitized by Google

si volesse invalido, converrebbe conciliare la prima colla seconda parte del titolo e dir si dovrebbe che la servitù fosse stata ristretta alle sole porzioni a vantaggio delle quali fu stabilito che andar dovesse l' acqua e che per le altre porzioni alle quali quel vantaggio fu tolto non fosse stata costituita servitù.

Suppongo un altro caso.

Il titolo costitutivo accordò la estrazione di una data quantità di acqua a vantaggio di tutto un fondo dominante.

Questo fondo passò poscia per porzioni separate in qualunque modo legale in separati proprietarii.

Ma la servitù non venne divisa in altrettante servitù quante sono quelle porzioni e restò come prima, una sola, indivisibile ed indivisa.

Ora avviene che il proprietario del fondo serviente impedisce che la suddetta quantità di acqua venga distribuita e ripartita fra le porzioni separate del fondo dominante, spettanti a diversi proprietarii.

I proprietarii di queste porzioni si acquietano all' impedimento e non ripartiscono nè distribuiscono fra esse l' acqua durante il tempo e nel modo necessarii ad indurre la perdita se questa per legge potesse aver luogo del loro diritto di farlo.

Che cosa dovrà dirsi in questo caso?

A parer mio, o tutti i proprietarii delle diverse porzioni di quel fondo dominante si acquietarono, come ho detto di sopra, all'impedimento, ed allora non avendo nessuno di essi fatto uso del diritto di distribuire e ripartire quell'acqua a vantaggio delle porzioni stesse, dovrà dirsi ch'essi abbiano perduto per prescrizione il diritto alla servitù piuttosto che dire che il proprietario del fondo serviente abbia per usucapione acquistato il diritto d' impedir loro quella ripartizione e distribuzione.

Ciò dovrà poi dirsi perchè senza quella distribuzione e ripartizione dell' acqua, non havvi vantaggio per nessuna di quelle porzioni e non essendovi vantaggio mancano uno dei caratteri essenziali e lo scopo ed il fine della servitù e questa più non sussiste.

Od invece alcuni proprietarii si acquietarono, come ho detto di sopra, all' impedimento, ed altri no, e questi ultimi continuarono come prima a far uso dell' acqua ripartendola e distribuendola fra le loro porzioni, ed allora trattandosi di una servitù sola, indivisibile e non divisa in tante servitù separate quante sono le separate porzioni del fondo dominante, dovrebbe dirsi che l' uso della ripartizione e distribuzione dell' acqua fatta dagli ultimi, abbia impedito a favore dei primi non usanti, la perdita per prescrizione del diritto alla servitù.

Ed infatti essendo quella servitù una sola ed indivisibile e non essendo divisa in tante separate servitù quante sono le porzioni separate del fondo dominante spettanti a diversi proprietarii, il diritto di quella servitù unica, indivisibile ed indivisa è conservato a tutto il suddetto fondo per l' uso che ne fece anche un solo dei proprietarii perchè non è possibile che un diritto unico ed indivisibile venga al tempo stesso conservato per l' uso che ne fa una, e non conservato pel non uso di un' altra delle parti cui spetta.

bb) Quando poi il proprietario del fondo serviente non è intervenuto alla convenzione fra i diversi proprietarii delle porzioni separate del fondo dominante che la servitù della suddetta quantità di acqua non sia ricevuta tutta da tutto quest' ultimo fondo e tutta da ciascuna parte di esso, ossia che non sia insolidariamente ricevuta, quella convenzione non cangia i rapporti legali del fondo ch' è debitore della servitù stessa.

Quest'ultimo fondo la dovrà come prima insolidariamente, cioè tutta a tutto e tutta ad ogni porzione del fondo dominante.

Potrà però il proprietario del fondo serviente sulla base della insolidarietà del proprio obbligo impedire ai diversi proprietarii delle porzioni separate del fondo dominante di distribuire e ripartire fra esse l'acqua in modo che p. e. una porzione nè sia esclusa dal beneficio, e che questo vada tutto alle altre porzioni?

Anche qui allorchè tal modo di ripartizione e distribuzione non aggravi di più la condizione del fondo serviente, mi sembra in regola di no.

Notisi bene che il proprietario di quest' ultimo fondo ha l' obbligo e non già il diritto di lasciar estrarre l' acqua tutta da tutto il fondo dominante e tutta da ciascuna parte di esso, vale a dire insolidariamente.

Il diritto che gli spetta si è quello che i proprietarii del fondo dominante non facciano uso di quella servitù in modo da rendere più onerosa la condizione del fondo di lui.

Digitized by Google

Ora ritenendo che la ripartizione e la distribuzione dell'acqua fatte fra le loro porzioni da quei proprietarii seguano in modo da non rendere più grave quella condizione, se anche una porzione del fondo dominante è esclusa da ogni beneficio dell'acqua stessa, e se quel beneficio va tutto alle altre porzioni, non vedrei che il proprietario del fondo serviente avesse interesse di opporsi ad un modo di usare della servitù ch' è per lui del tutto innocuo.

Non vedrei nemmeno che avesse diritto di opporvisi, giacchè ho osservato di sopra essere obbligo per lui e non diritto quello di lasciar prendere dal fondo dominante l'acqua insolidariamente.

Ora se non ha diritto di lasciarla prendere insolidariamente, non ha nemmeno diritto di farla ricevere in tal modo, e d' impedire che in modo per lui innocuo i proprietarii del fondo dominante ricevuta che l' abbiano la ripartiscano fra le loro porzioni come credono, vale a dire anche assegnandola ad alcune e togliendola del tutto ad altre di quelle porzioni.

Far ciò è poi loro diritto perchè salvo di non rendere più grave la condizione del fondo serviente, la quantità d'acqua ch' estraggono è cosa loro e va a loro vantaggio.

Ora essendo cosa loro ponno dividersela come meglio loro sembri.

E se va a loro vantaggio, di questo essi soli sono giudici.

Quale diritto ha il proprietario del fondo serviente d' ingerirsene?

Vorrebbe forse cangiare il suo obbligo di lasciar estrarre l' acqua da tutto il fondo dominante e da ciascuna parte di esso insolidariamente nel diritto di obbligare i proprietarii di quel fondo ad usarne insolidariamente e a non farne uso nel modo intorno al quale andarono d' accordo e ch' è per lui innocuo?

Non credo veramente che ciò gli sia lecito di fare, perchè ciò ch' è per lui obbligo non si cangia in diritto e perchè a ciò ch' è diritto dei proprietarii delle porzioni del fondo dominante, questi ponno in modo per lui innocuo apportare modificazioni.

Ciò in regola. Vengo ora alle eccezioni.

Il titolo che ha costituito la servitù, ovvero la convenzione fra i proprietarii del fondo dominante alla quale è intervenuto anche quello del fondo serviente, e colla quale ad ognuno dei primi toccò separata porzione di quel primo fondo, oltre all' obbligo del secondo fondo di lasciar estrarre solidariamente una data quantità di acqua, gli dà il diritto di volerla pur solidariamente distribuita a tutte e ad ognuna di quelle porzioni, ed il conseguente diritto d' impedire che venga ripartita e distribuita fra alcune porzioni sì ed alcune no.

Quel titolo o quella convenzione ponno violarsi dai proprietarii delle porzioni separate del fondo dominante?

Per rispondere a ciò, parmi che si debba attentamente considerare in che cosa si risolva quel diritto d' impedire.

Si risolve esso per avventura in una servitù per la quale il fondo serviente obbligato a tollerare la estrazione dell' acqua, avendo il diritto d' impedire ch' essa venga ripartita e distribuita fra alcune porzioni sì ed alcune no del fondo dominante a vantaggio del quale viene estratta, diventi in questo riguardo fondo dominante, mentre il fondo dominante avendo l' obbligo di ripartirla e distribuirla fra tutte le porzioni di esso, e per conseguenza dovendo astenersi dal darla ad alcune porzioni sì e ad alcune no, locchè altrimenti sarebbe stato in sua libertà di fare, diventi alla sua volta pure in questo riguardo fondo serviente?

Se quel diritto d' impedire si risolvesse effettivamente in una servitù per la quale il fondo dominante divenisse serviente ed il serviente dominante, quella servitù sarebbe una delle così dette negative.

Converrebbe quindi esaminare se il suddetto diritto d' impedire arrechi o no vantaggio al fondo che deve esercitarlo, cioè al fondo obbligato a tollerare la estrazione dell' acqua, e quindi da questo lato serviente, divenuto poi dominante da un altro lato pel diritto di divieto che ho detto competergli.

Arrecandogli quel vantaggio, esisterebbero uno dei caratteri essenziali, lo scopo, il fine della servitù; questa servitù di divieto esisterebbe, ed il titolo o la convenzione che la portano dovrebbero rispettarsi dai proprietarii delle porzioni separate del fondo dominante, divenuto serviente per quanto riguarda il divieto stesso.

Non arrecando il diritto d' impedire quel vantaggio al fondo che dee esercitarlo,

Digitized by Google

mancherebbero il carattere essenziale, lo scopo, il fine della servitù di divieto; questa non esisterebbe, ed il titolo e la convenzione che la portassero, dovrebbero considerarsi in questo riguardo come non avvenuti e non dovrebbero dai suddetti proprietarii rispettarsi.

Così mi sembra che ragioni lo Schuster nel § 56 e seguenti del suo trattato sul diritto di fabbricare.

Ma veramente mi sembra che sarebbe ragionar troppo sottilmente il riguardare quel diritto d' impedire come una servitù.

Mi sembra invece essere più naturale il considerare il diritto stesso come un modo, e nient'altro che un modo di esercitare la servitù di estrarre l'acqua dal fondo serviente per darla al fondo dominante a cui vantaggio viene estratta.

E mi sembra consistere quel modo nel dovere i proprietarii delle porzioni separate del fondo dominante ripartire e distribuire l' acqua fra tutte quelle porzioni, e non già ad alcune porzioni sì, e ad altre no.

Se la relativa servitù è poi un diritto reale, che segue i fondi dominante e serviente in qualunque mano si trovino, un diritto reale dovrebb' essere anche il modo di esercitarla.

Quindi il titolo o la convenzione che, come ho detto di sopra, avessero fissato quel modo di esercizio, dovrebbero rispettarsi dai proprietarii delle porzioni separate del fondo dominante.

Che cosa poi dovrà dirsi nell' altro caso, in cui distribuendo e ripartendo i varii proprietarii delle porzioni separate del fondo dominante l' acqua fra esse in modo che alcune la ottengano ed altre no, il proprietario del fondo serviente avesse impedito tal modo di ripartizione e distribuzione, esigendo che invece tutte le porzioni avessero ad ottenerla, ed in cui quei primi proprietarii si fossero acquietati all' impedimento ed avessero dato l' acqua a tutte quelle porzioni pel tempo e nel modo inducenti per legge la perdita del loro diritto di non darla ad alcune di esse?

In questo caso essendosi tutti i proprietarii delle suddette porzioni acquietati allo impedimento, ed avendo abbandonato il primo e seguito il secondo modo di ripartizione e distribuzione, come ho detto di sopra, pàrmi che abbiano perduto il diritto a quel primo e che sieno obbligati a quel secondo modo.

E chi poi in questo caso esitasse ad ammettere che vi possa essere perdita, naturalmente per prescrizione, nei proprietarii delle porzioni del fondo dominante del diritto di usare della servitù nel modo che a loro piaccia, vale a dire del diritto su un fatto proprio, rammenterò gli articoli 706-708 del Codice Napoleone pei quali anche il modo della servitù si prescrive come questa e nella stessa maniera.

Rammenterò specialmente il § 1452 del Codice austriaco pel quale anche il diritto sui fatti proprii può perdersi per prescrizione.

b) La quantità di acqua che il fondo serviente dee lasciar estrarre al fondo dominante, può essere ripartita e distribuita fra le varie porzioni di questo, quando esse spettino a varii proprietarii separati, o in proporzione della estensione, vale a dire della quantità di ogni porzione, oppure in proporzione della necessità che ognuna di esse ne ha, e della utilità che può ad esse arrecare, vale a dire in proporzione della qualità.

Passando il fondo dominante in qualsivoglia modo legale per separate porzioni in diversi proprietarii, se questi vanno d' accordo di ripartirsi e distribuirsi l' acqua in proporzione o della quantità od invece della qualità delle porzioni stesse, il proprietario del fondo serviente non intervenuto in quell' accordo, quando quel modo di distribuzione e di ripartizione non aggravi maggiormente la condizione del suddetto di lui fondo, non ha nè interesse, nè in regola diritto di opporvisi.

Non interesse perchè quel modo gli è innocuo.

Non in regola diritto, perchè il suo diritto sta soltanto nell' impedire che il modo stesso non renda più grave la condizione del proprio fondo, e qui suppongo che non la

Digitized by Google

In questi casi parmi che i proprietarii delle porzioni del fondo dominante debbano rispettare il titolo e la convenzione, vale a dire che debbano far seguire la distribuzione e la ripartizione dell' acqua nel solo modo ivi stabilito, e che il proprietario del fondo serviente abbia diritto di volere che quel solo modo venga seguito.

Esisterebbe un' altra eccezione, quando distribuendo e ripartendo i varii proprietarii delle porzioni separate del fondo dominante l'acqua fra esse in un determinato modo, p. e. secondo la qualità e non secondo la quantità, il proprietario del fondo serviente avesse impedito tal modo di distribuzione e di ripartizione, esigendo invece che venisse adottato l' altro modo, quello cioè secondo la quantità, e quando quei primi proprietarii si fossero acquietati all' impedimento, ed avessero dato l' acqua alle loro porzioni secondo quella quantità in guisa da perdere per legge il diritto di darla invece secondo la qualità.

In questo caso essendosi i proprietarii delle suddette porzioni acquietati all' impedimento, ed avendo abbandonato il primo e seguito il secondo modo di ripartizione e distribuzione dell' acqua, parmi che abbiano perduto il diritto a quel primo e che sieno obbligati a quel secondo modo.

A proposito poi di queste due eccezioni, ritengo per quello che ho detto nelle antecedenti annotazioni alla lettera *bb*:

che eziandio il modo della distribuzione e ripartizione dell' acqua fra le porzioni del fondo dominante o secondo la quantità o secondo la qualità ed il diritto nel proprietario del fondo serviente di volere che venga distribuita in un dato modo soltanto, escluso l' altro, non si risolva veramente in una servitù negativa;

che il suddetto modo di distribuzione e ripartizione o secondo la quantità o secondo la qualità delle porzioni del fondo dominante, possa essere prescritto, appunto qual modo di esercizio della servitù, come può essere perduta per prescrizione la servitù stessa.

c) Finalmente, quando nè il titolo costitutivo la servitù, nè la convenzione per la quale le separate porzioni del fondo dominante pervennero in separati proprietarii, abbiano stabilito che la quantità di acqua estratta dal fondo serviente debba fra quelle porzioni ripartirsi e distribuirsi soltanto in proporzione della quantità, ovvero soltanto in proporzione della qualità delle porzioni stesse, e quando quel modo di distribuzione e ripartizione non fosse stato nemmeno fissato da possesso inducente per legge la esclusione del modo diverso, domandasi, se la suddetta acqua debba ripartirsi e distribuirsi secondo la quantità ovvero secondo la qualità?

In questi casi a me sembra che quella ripartizione e distribuzione debba aver luogo non secondo la quantità ossia estensione, ma invece secondo la qualità delle rispettive porzioni, vale a dire in proporzione della necessità che ogni porzione ha dell' acqua e della utilità che ad essa arreca.

Ho detto nell' annotazione *a* al Capo XII del trattato I, che la servitù prediale è costituita sempre pel vantaggio, per l' utile di un fondo altrui, vantaggio ed utile che comprendono perfino il piacere.

Ciò spiegano i §§ 472 e 473 del Codice austriaco, dicendo che quella servitù tende al vantaggio, all' uso più vantaggioso e più comodo del fondo dominante.

Ciò spiegano pure gli articoli 637 e 686 del Codice Napoleone, dicendo essere la servitù prediale un carico imposto sopra un fondo (serviente) per l' uso e per la utilità di un fondo (dominante) appartenente ad altro proprietario, e servire essa a beneficio di questo ultimo fondo.

Ora se qualunque servitù prediale e quindi anche quella dell' acqua da prendersi dal fondo serviente, ha per iscopo essenziale di arrecare vantaggio, beneficio, al fondo dominante, mi par chiaro, che per legge, non essendovi nè titolo costitutivo, nè convenzione, nè possesso che abbiano fissato un modo contrario, il modo della ripartizione e

Digitized by Google

d) Ma se così è la cosa, dovrà dunque dirsi che se una porzione non ha bisogno per nulla dell' acqua e questa non le arreca alcun vantaggio, debba essere esclusa dalla ripartizione e distribuzione dell' acqua stessa?

Io qui distinguerei i rapporti legali tra il proprietario del fondo serviente ed il proprietario della suddetta porzione del fondo dominante, dai rapporti legali dei proprietarii di quest' ultimo fondo tra essi.

aa) Quando l' acqua non arrechi verun vantaggio a quella porzione del fondo dominante, crederei che il proprietario del fondo serviente abbia diritto di negarla ad essa (sebbene obbligato in origine a lasciarla estrarre tutta per tutto e tutta per ogni parte di quel primo fondo, cioè solidariamente), ogni qual volta il titolo costitutivo la servitù, ovvero una convenzione stipulata fra esso ed i proprietarii di tutte le porzioni del suddetto fondo dominante gli abbia espressamente attribuito quel diritto.

Crederei invece che non abbia diritto di negarne la distribuzione e la ripartizione alla porzione del fondo dominante alla quale non reca alcun vantaggio nei casi seguenti.

Nel primo caso, cioè quando egli non sia stato parte nella convenzione colla quale i proprietarii delle porzioni separate del fondo dominante avessero stabilito fra essi che la porzione suddetta non dovesse partecipare al beneficio della ripartizione e distribuzione.

In questo caso, quella convenzione alla quale non intervenne, non è per lui operativa, nè egli può trarre vantaggio da essa.

Resta vivo e sussistente invece l' originario suo obbligo di lasciar estrarre l' acqua tutta a favore di tutto e tutta a favore di ogni parte del fondo dominante, cioè solidariamente e quindi anche a favore della porzione di quel fondo cui l' acqua stessa nulla giova.

Quel suo obbligo rende inammissibile il diritto di negare a quest'ultima porzione di fondo la distribuzione e ripartizione dell' acqua.

Se poi quella porzione in base alla suindicata convenzione non fa uso dell' acqua, in ciò il proprietario del fondo serviente non c' entra, e ciò non ingenera in lui verun diritto.

Perchè ci entrasse converrebbe che gli fosse stato notificato, che per la convenzione, la suddetta porzione del fondo dominante non ha più diritto alla ripartizione e distribuzione dell' acqua.

Ma anche in questo caso avrebbe obbligo e non diritto di non lasciar estrarre l' acqua a favore di quella porzione.

In un secondo caso poi il proprietario del fondo serviente non avrebbe diritto di negare la distribuzione e la ripartizione dell' acqua a quella porzione del fondo dominante alla quale quell' acqua non giova.

Questo caso si verifica, quando egli abbia impedito al proprietario della suddetta porzione la ripartizione e distribuzione dell' acqua a favore di essa e quando questo proprietario si fosse acquietato all' impedimento e non se l' avesse ripartita e distribuita nel tempo e nel modo inducenti per legge la perdita del proprio diritto di ripartirsela e distribuirsela, se perdita di tale diritto potesse nel caso stesso aver luogo.

In questo caso, trattandosi di una sola ed indivisibile servitù, e non di tante servitù separate quante sono le separate porzioni del fondo dominante, il non uso del diritto di ripartizione e distribuzione dell' acqua per parte del solo proprietario della suddetta porzione, mi sembra che non gli faccia perdere quel diritto, quando non vi si associi eguale non uso anche per parte di tutt' i proprietarii delle altre porzioni.

Per fargli perdere il proprio diritto di ripartizione e distribuzione dell' acqua, mi sembra che converrebbe che il proprietario del fondo serviente ne avesse impedito l'uso non a lui solo, ma a tutti gli altri proprietarii delle porzioni del fondo dominante, e che tanto quello quanto questi si fossero acquietati all' impedimento, e non avessero fatto uso del diritto stesso nel tempo e nel modo inducenti per legge la prescrizione di quel diritto.

Ma se quegli altri proprietarii ne fecero uso, questo loro uso conserva il diritto anche del proprietario della suddetta porzione, sebbene egli, come ho detto di sopra, non ne abbia usato.

Questa mi sembra conseguenza della indivisibilità della servitù, indivisibilità per la quale l' uso fatto da un proprietario del fondo dominante conserva il diritto anche a favore degli altri proprietarii che non fecero quell' uso.

Digitized by Google

Ciò pei rapporti legali del proprietario del fondo serviente col proprietario della porzione del fondo dominante alla quale l' acqua non reca verun giovamento.

bb) In quanto ai rapporti legali invece dei proprietarii delle separate porzioni di quest' ultimo fondo tra essi, credo che se una di quelle porzioni non ha per nulla bisogno dell' acqua e questa non le arreca verun vantaggio, i proprietarii delle altre porzioni che ne hanno bisogno e cui giova, abbiano diritto di negargliene la ripartizione e la distribuzione.

Lo credo, pel principio che ho svolto nella precedente annotazione alla lettera *c*, il quale si risolve in ciò, che se la distribuzione e ripartizione dell' acqua non è in verun modo fissata nè secondo la quantità nè secondo la qualità delle varie porzioni separate del fondo dominante spettanti a diversi proprietarii, esse devono aver luogo per legge, soltanto secondo la qualità di ogni porzione, vale a dire secondo la necessità che ogni porzione ha dell' acqua stessa, e della utilità che le arreca.

Da quel principio ne viene che debba essere esclusa dall' uso dell' acqua quella porzione alla quale non è per nulla necessaria ed alla quale non arreca verun giovamento.

Tanto più poi a mio avviso ne sarebbe esclusa, quando la esclusione fosse portata o dal titolo costitutivo la servitù o da una convenzione fra i proprietarii delle varie porzioni del fondo dominante ed anche quando i proprietarii delle altre porzioni avessero impedito al proprietario di essa la distribuzione e ripartizione dell' acqua, e questo proprietario acquietandosi all' impedimento non avesse fatto uso del suo diritto di distribuzione e ripartizione nel tempo e modo inducenti la perdita per prescrizione di quel suo diritto.

In quest' ultimo caso, non si potrebbe dire che l' uso fatto da alcuni proprietarii del fondo dominante avesse impedito la prescrizione pel proprietario della porzione che non ne ha fatto uso, giacchè ciò vale soltanto nei rapporti legali fra il proprietario del fondo serviente e quelli del fondo dominante, e qui si tratta invece dei rapporti legali fra i proprietarii delle separate porzioni di quest' ultimo fondo tra essi.

Trattandosi invece e soltanto di questi ultimi rapporti, i proprietarii delle porzioni separate del fondo dominante ponno, come ho osservato nelle precedenti annotazioni alle lettere *a*, *aa*, *bb*, ripartirsi tra essi l'acqua in modo da non recare maggior aggravio al fondo serviente.

Possono, ognuno di essi usare e non usare dell'acqua, giacchè quell' uso è cosa loro, e se ne servono a loro vantaggio, e di questo vantaggio ponno privarsi.

Ponno eziandio rinunciare l'acqua agli altri proprietarii.

Non vedrei quindi come e perchè pel non uso continuato nel modo e tempo inducenti per legge la perdita dei diritti, non potessero perdere uno di essi in confronto agli altri per prescrizione il diritto di usare dell' acqua distribuendola e ripartendola alla rispettiva porzione.

Queste sono le mie opinioni sulle quistioni che ho promesso al presente n.° 4.

Siccome queste quistioni sono, per me almeno, alquanto spinose, non ho la pretensione che le suddette mie opinioni sieno del tutto senza eccezioni.

Ma ho voluto darle per rivolgere su esse l'attenzione e lo studio del lettore.

5.° Nel § XVII del presente Capo il Gipolla domanda, se la servitù di estrarre l'acqua da un fondo serviente, cessi col cessare il fondo dominante di averne bisogno, sebbene ne avesse avuto bisogno al momento in cui essa fu stabilita.

Ed io domanderò se quella servitù cessi, quando non arrechi più nessun vantaggio al suddetto fondo dominante.

Anche qui sembrami che si debba tener fermo il principio, ch' essendo carattere essenziale, scopo e fine della servitù, ch' essa arrechi vantaggio a quel fondo, quando sia provato ch' esistere non possa in verun modo quel vantaggio, esservi non vi possa nemmeno servitù.

Quindi:

a) Essa non esisterà per tutto il fondo dominante o per una parte di esso quando fin dal momento in cui fu costituita era certo che non avrebbe mai recato vantaggio a tutto quel fondo o a quella porzione.

b) Se a quel momento il vantaggio ci fosse stato, ma posteriormente sia divenuto certo non poter esso esservi più per tutto quel fondo, parmi che la servitù dovrà cessare di esistere.

Digitized by Google

c) Ma se invece fosse certo non poter esservi più quel vantaggio non già per tutto il fondo dominante ma soltanto per una porzione di esso, non crederei veramente che al proprietario del fondo serviente spettasse diritto di sostenerla cessata in riguardo a quella parte, e non cessata pel resto soltanto del fondo suddetto.

Egli in regola e per legge è debitore della servitù tutta a tutto il fondo dominante e tutta a ciascuna parte di esso, vale a dire con insolidarietà di obbligazione.

Dunque per quella insolidarietà di obbligazione egli la deve anche alla porzione di quel fondo cui non arreca vantaggio.

Se pel motivo della mancanza di quel vantaggio non la dovesse eziandio a quella porzione, non dovrebbe più la servitù insolidariamente e ciò mi sembra inammissibile.

D' altronde se essa anche non reca vantaggio a quella porzione, ei dee lasciar estrarre la stabilita quantità d'acqua, non una goccia di meno, a benefizio almeno del resto del fondo dominante.

Dunque la mancanza del vantaggio nella porzione stessa non gli reca veruna utilità e gli è del tutto indifferente.

La quistione dunque di quella mancanza di vantaggio in una porzione del fondo dominante non lo riguarda per nulla.

Dunque non può promuoverla per non lasciar estrarre l' acqua, che deve poi insolidariamente.

Quella quistione riguarda invece e soltanto i proprietarii delle porzioni separate del fondo dominante fra essi perchè quelli cui l' acqua è vantaggiosa ne approfittano invece di quello alla cui porzione essa non arreca verun vantaggio.

Dunque da essi soli e non dal proprietario del fondo serviente può essere promossa e fra essi soli esser dee agitata.

d) Nei casi nei quali la servitù di estrarre acqua dee o non esistere o cessare di esistere, perchè non può recare più alcun vantaggio al fondo dominante, quando una parte sostenga non poter esservi quel vantaggio e la parte contraria sostenga poter esservi, la prova del no o del sì dovrebbe essere quella per esperti.

Non nego ch' essa potrà essere una prova difficile; ma anch' io ritengo ch' essa non sia sempre impossibile.

e) Finalmente il vantaggio che arreca al fondo dominante la servitù di estrarre acqua dal fondo serviente, cessa quando non ne possa aver luogo la estrazione.

Ma siccome quando può essere estratta di bel nuovo quel vantaggio ritorna, così il vantaggio stesso non può dirsi perpetuamente, ma solo temporaneamente cessato ossia interrotto, e la servitù s' interrompe bensì, ma non cessa per sempre di esistere.

Veggasi quanto sulla interruzione delle servitù ho detto nell' annotazione *a* n.° I al Capo XXIV del trattato I.

6.° Sul § XVIII del presente Capo osservo quanto appresso.

a) S' è stato in modo legale stabilito che dal fondo serviente non debba essere estratta che una data quantità di acqua, il fondo dominante non potrà pretenderne di più pel motivo d' essersi esso accresciuto.

b) Se in quel modo è stato stabilito che l' acqua debba essere estratta a vantaggio di una data quantità di fondo dominante soltanto, essa non potrà essere adoperata a vantaggio degli accrescimenti di quella quantità.

c) Se è stato stabilito che l' acqua debba essere estratta a vantaggio del fondo dominante illimitatamente, cioè senza fissazione della quantità di esso, pare ch' essa possa essere adoperata anche pei di lui accrescimenti.

d) Se è stato stabilito che l' acqua da estrarsi non sia limitata a quantità, ma consista in quantità indefinita, pare che possa essere adoperata anche pegli accrescimenti del fondo dominante anche se ve ne volesse quantità maggiore, quando non sia stato fra le parti fissato diversamente.

e) Se il fondo dominante si fosse diminuito per aver cessato di esistere una parte di esso, la quantità limitata od illimitata d' acqua che quel fondo ha diritto di estrarre dal fondo serviente non si diminuirebbe pel motivo ch' essa va a servire al vantaggio di quantità minore del fondo.

Essendo la servitù insolidariamente dovuta, tutta la suddetta quantità di acqua spetterebbe al fondo dominante rimasto, quando diversamente non fosse stato fra le parti fissato.

Digitized by Google

7.° Nei §§ XIX-XXI il Cipolla osserva che quegli che ha la servitù di condurre l' acqua pel fondo altrui può per condurla costruire in quel fondo serviente un canale, non però di pietre anche sopra terra, e che può poi purgarlo o ristaurarlo.

Io osservo che per condurre pel fondo serviente al fondo dominante l' acqua che ha estratta quest' ultimo è necessaria una via, e che questa via in regola esser dee costruita, purgata, riparata dal proprietario del suddetto fondo dominante in forza alle disposizioni di legge da me citate nell' annotazione *c* al Capo XXIII del trattato I cui del resto mi riporto.

Quel dovere del proprietario del fondo dominante risulta eziandio dall' articolo 17 della vigente legge italiana sulle acque del 20 aprile 1804.

Di quante specie possa poi essere quella via dell' acqua l' ho detto nell' annotazione *b* al Capo XLIX del suddetto trattato.

Per ognuna di quelle vie ed anche per un canale di pietre sopra terra può essere condotta pel fondo serviente l' acqua, quando non ostino titolo o possesso all' uso di alcuna di esse e quando specialmente non venga recato maggiore aggravio a quel fondo, come ho detto nell' annotazione n.° 3 al presente Capo.

8.° Sul § XXII del presente Capo osservo quanto appresso.

a) In quanto al sito nel fondo serviente pel quale esser dee condotta l' acqua mi riferisco a quanto ho detto nelle annotazioni *a*, *b* al Capo XXIII del trattato I, e nell' annotazione *b* al Capo I del presente trattato, applicando alla via dell' acqua quanto ivi ho detto intorno al passaggio.

b) Io credo che se taluno essendo proprietario di due fondi, ne venda uno, e si riservi p. e. un' oncia dell' acqua che nasce in esso, a vantaggio dell' altro fondo ch' è rimasto sua proprietà, egli si sia riservata tant' acqua quanta esce da un foro di un' oncia di diametro.

A questo proposito veggasi quanto disse il Romagnosi nel tomo 2.° della sua condotta delle acque pag. 180-200, edizione di Milano, tipografia di commercio, 1823.

9.° Finalmente in quanto alla clausola *senza altrui pregiudizio*, della quale parla il § XXIII del Capo presente, trovo di osservare che in quanto alle acque pubbliche:

a) Il Governo non ne accorda la derivazione di una data quantità per uso privato, quando ciò come disse l' articolo 4.° del decreto italiano 20 maggio 1804 n.° 36 sulle irrigazioni ed opifizii sia di pregiudizio alle altrui competenze, cioè ai terzi cui prima l' ha accordata.

b) Il Governo stesso quando la continuazione della concessione della estrazione di una quantità di un' acqua pubblica sia incompatibile coi pubblici riguardi della navigazione, dello stato di un fiume ecc. potrebbe rivocarla verso indennizzazione se la concessione stessa fosse stata fatta a titolo oneroso come osserva eziandio il Romagnosi nel tomo I pag. 75 della suddetta sua opera.

In quanto poi alle acque private, non può esservi concessione di estrazione con pregiudizio dei diritti anteriori del terzo, come prescrisse specialmente il § 486 del Codice austriaco.

(*d*) Le mie annotazioni alla lettera presente abbracciano i §§ XXIV-XXVI del pur presente Capo del Cipolla.

1.° In quanto ai modi di acquistare le servitù prediali sia di estrarre una quantità di acqua dal corso di acqua altrui, sia di condurla nel o per l' altrui fondo, credo giusta la osservazione fatta dal Nippel e ripetuta dallo Stubenrauch nei loro commenti al § 480

Digitized by Google

a) In quanto al diritto di estrarre da un' acqua altrui una quantità di essa a vantaggio del proprio fondo dominante, distinguo la estrazione:

aa) da un' acqua pubblica;

bb) da un' acqua privata altrui.

aa) Nel Regno lombardo-veneto l' articolo 1.° del decreto 20 maggio 1806 n.° 36 sull' uso delle acque per irrigazioni ed opifici prescrive che nessuno possa derivare acque pubbliche nè erigere opificii su esse senza investitura ossia concessione del Governo.

Quella concessione è dunque il primo modo di acquistare quel diritto di estrazione.

Osserva però il Romagnosi a pagine 73 e seguenti del tomo 1.° della sua condotta delle acque da me sovente citata, che da un possessò del principio del quale non esista memoria, si può presumere la concessione necessaria all' uso di un' acqua pubblica, quando però la estrazione di quell' acqua sia innocua alla destinazione, uso e sicurezza del corso della suddetta acqua pubblica considerati ne' suoi rapporti di pubblico interesse e quando gli atti pubblici conservati non dimostrino verun contrario titolo nè veruna opposizione.

Quando la estrazione dell' acqua pubblica abbia dunque a di lei favore un possesso immemorabile, imperturbato ed innocuo, è legalmente presunta la esistenza della concessione di estrarla.

E se così è, come mi sembra, un secondo modo di acquistare diritto alla estrazione stessa, sarebbe, esistendo le suddette condizioni, la prescrizione acquisitiva ossia la usucapione.

Che poi questo modo di acquisto sia ammissibile mi sembra risultare eziandio:

dalla legge veneta 10 gennaio 1560 che volle confermati i possessi delle acque pubbliche di 30 anni;

dall' altra legge veneta del 24 marzo 1713 che volle confermati quei possessi irregolari, cioè i possessi pei quali non potè essere prodotta investitura quando avessero continuato per 100 anni.

E si potrebbe dire perfino ch' eziandio l' articolo 3.° del suddetto decreto italiano 20 maggio 1806 avesse ammesso la prescrizione acquisitiva ossia la usucapione del diritto di estrarre da un' acqua pubblica una quantità di essa.

Quel decreto infatti dopo aver detto, specialmente all'articolo 1.°, che nessuno può derivare acque pubbliche ecc. senza investitura o concessione del Governo, soggiunge all' articolo 3.° « non pregiudicar ciò gli attuali possessori negli usi, edifizii e diritti » relativi di cui per le leggi e consuetudini legittime godessero con giusto titolo » cioè eziandio per usucapione ch' è uno dei giusti titoli degli acquisti dei diritti.

Ammesso dunque l' acquisto del diritto di estrarre acque pubbliche per concessione presunta, vale a dire per usucapione, mediante lungo, imperturbato ed innocuo possesso, resterebbe a vedersi se pei Codici Napoleone ed austriaco vi volesse propriamente un possesso così detto immemorabile ovvero se ne bastasse uno minore e quale.

E potrebbe non senza fondamento sostenersi:

che pel Codice Napoleone bastasse un possesso trentennario il quale per l' art. 690 fa acquistare le servitù continue ed apparenti fra le quali sta quella della derivazione dell' acqua, ed il quale per l'art. 2262 dispensa dalla produzione del titolo ossia nel caso concreto dell' atto d' investitura;

che pel Codice austriaco bastasse presso di noi un possesso di 40 anni secondo i di lui §§ 1472, 1477, possesso ch' egualmente non abbisogna di produzione di titolo.

bb) Il diritto poi di estrarre da un' acqua privata altrui una quantità di essa si acquista pel Codice Napoleone, come si acquistano le servitù stabilite per fatto dell'uomo, vale a dire trattandosi di servitù continue ed apparenti come la presente, per titoli (documenti scritti), pel possesso trentennario e per la destinazione del padre di famiglia.

E pel Codice austriaco si acquista per titolo, cioè per contratti, disposizioni di ultima volontà e decisioni giudiziali nella divisione di fondi comuni cui deve essere aggiunto il possesso ossia la tradizione come ho detto nell' annotazione *a* al Capo XIX del trattato I.

Persisto anche qui nella necessità della tradizione, perchè se vi hanno sentenze dei Tribunali nel nostro Regno, che hanno giudicato che basti il titolo e che non sia neces-

Digitized by Google

caria la tradizione a far acquistare i diritti reali, ve ne hanno delle altre che pronunciarono il contrario.

Veggasi p. e. la sentenza del Supremo Tribunale di giustizia del 20 decembre 1851 n.° 11244 riportata al n.° 381 pagina 128 della Sessione II dell' Eco dei Tribunali pel 1858 la quale decise che senza consegna non si acquista diritto reale.

Il suddetto diritto si acquista pel Codice austriaco eziandio per usucapione mediante il possesso.

In quella usucapione non havvi bisogno di titolo come ho detto nell' annotazione *a* al Capo XX del suddetto I trattato.

b) Il diritto poi di condurre un' acqua pubblica o privata altrui dopo estrattala pel fondo d' altri a vantaggio del proprio fondo si acquista pel Codice austriaco, negli stessi modi coi quali come ho detto alla precedente lettera *bb* si acquista il diritto di estrarre da un' acqua privata altrui una quantità di essa.

Specialmente poi nel Regno lombardo-veneto si acquista anche per legge secondo l' art. 52 della legge italiana sulle acque del 20 aprile 1804 della quale ho parlato nelle annotazioni *a* al Capo XIX del trattato I.

c) Finalmente il diritto di condurre un' acqua dal proprio nell' altrui fondo si acquista pel Codice austriaco negli stessi modi dei quali ho parlato nella precedente lettera *bb*.

Secondo il Romagnosi poi, condotta delle acque Volume I pag. 106 della edizione più volte da me citata, nel nostro Regno quel diritto si acquisterebbe anche per legge secondo l' art. 54 della suindicata legge italiana sulle acque il quale disponendo che i terreni inferiori non possono ricusare di dar esito alle acque superiori porterebbe che in ogni caso il deflusso d' acque sia naturale sia artificiale stabilirebbe la servitù dello scarico delle acque dal fondo superiore all' inferiore, e quindi il diritto per quello e l' obbligo per questo fondo di ricevere le acque defluenti.

3.° In quanto poi all' acquisto dei diritti da me qui sopra accennati alle lettere *a b c* per consuetudine ed in quanto alla quistione se si possa acquistare per prescrizione (usucapione) l' uso di un' acqua scorrente da sè in un fondo, senza possesso, veggasi quanto ho detto nell' annotazione *c* al Capo XXII del trattato I.

4.° Nel § XXV del presente Capo il Cipolla parla eziandio della servitù cui sono soggetti i fondi inferiori di tollerare la discesa in essi delle acque per effetto naturale dai fondi superiori.

L' art. 640 del Codice Napoleone nel Regno d' Italia, ed in quel Regno e nel Regno lombardo-veneto l' art. 54 della legge sulle acque del 20 aprile 1804, stabilirono e regolarono quella servitù.

5.° La quistione promossa dal Cipolla al § XXVI del Capo presente è interessante per noi.

Nasce, dic'egli, un'acqua in un fondo superiore e discende per un alveo in un fondo inferiore.

Per effetto di pioggia quell' acqua cresce in modo da non poterla l' alveo contenere, e lo sormonta, cagionando o facendo temere, aggiungo io, inondazioni.

Il proprietario del fondo superiore dee egli costruire ripe tanto alte, da far sì che l' acqua scorra sempre per l' alveo fino alle ultime parti p. e. fino al fiume od al mare dove va a finire, ovvero può lasciare che l' acqua superi le ripe e si diffonda?

Il proprietario del fondo inferiore potrà costringerlo a quella costruzione, ovvero dovrà eseguirla da sè a proprie spese?

Cercherò di sciogliere tale quistione.

Digitized by Google

fondo serviente nulla debba fare ma che debba soltanto tollerare, dispone particolarmente che ai fondi superiori incomba la spesa della escavazione dello scolo da farsi, incomba la difesa dei fondi inferiori pei quali l' acqua passa, ed incomba il rifacimento di qualunque danno che in ogni tempo a questi ultimi fondi può derivare.

In terzo luogo l' articolo stesso vuol salve le convenzioni, i possessi e le servitù legittimamente acquistate.

Se vi fosse dunque convenzione o possesso legittimo ch' esonerassero il fondo superiore dalla difesa dei fondi inferiori, e dal rifacimento dei danni, sembrerebbe che quel fondo superiore non dovesse quella difesa e quel rifacimento.

Questo fondo non sarebbe obbligato a costruire le ripe dell' alveo, e meno poi sarebbe tenuto a costruirle tanto alte da condurre l' acqua per l' alveo stesso fino alle ultime parti, ed in modo che non superi le sponde e che non si diffonda, e se anche essa superasse le sponde e si diffondesse non dovrebbe rifacimento di danni.

In questi casi sarebbe però libero al fondo inferiore di difendersi a proprie spese dalla violenza di quell' acqua, come stabilisce eziandio il § 413 del Codice austriaco, sempre però in modo da non impedire stabilmente la discesa dell' acqua stessa dal fondo superiore.

Non essendovi poi quella convenzione o quel possesso legittimo, mi par certo che la difesa alla quale è obbligato il fondo superiore dovrebbe estendersi al dovere di costruire le ripe alte in modo da prevedere e prevenire tutti i casi ordinarii di disordine delle acque che ponno essere preveduti e prevenuti, e che trascurata quella difesa dovrebb' essere risarcito il danno derivatone al fondo inferiore.

Ma non mi pare egualmente certo, che la difesa dovuta dal fondo superiore debba estendersi perfino al dovere di costruire le ripe alte in modo da prevedere e prevenire anche i casi straordinarii di disordini delle acque che non si possono nè prevedere nè prevenire, perchè allora l' obbligo della difesa stessa sarebbe illimitato, eppur aver dee un limite ch' è quello del previsibile e del prevenibile, e perchè oltre a questo limite non vedrei nemmeno possibile difesa.

Nè mi sembra nemmeno certo che avvenuto quel caso straordinario nè preveduto nè previsibile vi possa essere nel fondo superiore obbligo di risarcimento di danno perchè il danno si risarcisce quando è imputabile e qui nol sarebbe appunto per essere impreveduto ed imprevisibile.

(*e*) Vengo ora ai §§ XXVII e XXVIII del presente Capo.

In questi §§ il Cipolla domanda:

1.° Chi possa concedere.

2.° Chi possa avere la servitù dell' acquidotto.

3.° Chi possa essere astretto a condurre acqua.

1.° Io poi domanderò prima di tutto chi possa concedere la estrazione da un' acqua corrente di una quantità di essa.

E risponderò in generale che può farlo quegli cui quell' acqua corrente appartiene.

E qui sorge naturale e spontanea la distinzione delle acque correnti in pubbliche e private, distinzione questa della quale parla anche il Cipolla.

Per l' art. 538 del Codice Napoleone acque pubbliche sono le sole correnti navigabili od inservienti al trasporto.

Dunque tutte le non navigabili ned inservienti a trasporto sono acque private.

Pel § 287 del Codice austriaco il sono i fiumi e le riviere.

Pel Codice Napoleone sono acque pubbliche i soli fiumi e le riviere navigabili ed inservienti al trasporto.

Pel Codice austriaco il sono i fiumi e le riviere.

Questo ultimo Codice non dice che il sieno quei fiumi e quelle riviere quando sieno

Digitized by Google

che trovasi nel Romagnosi, condotta delle acque, Tomo I, pag. 84, ed alla quale aderisco.

Premetto cioè che dal Codice Napoleone in quel Regno del quale i nostri paesi fecero parte, furono dichiarate acque pubbliche i soli fiumi e le riviere navigabili od inservienti a trasporto, dal che ne viene che i fiumi e le riviere non navigabili ned inservienti a trasporto, e tutte le acque correnti minori, se anche dalle legislazioni anteriori fossero state dichiarate pubbliche, cessarono di esser tali e furono abbandonate al dominio dei privati.

E qui a togliere equivoci osservar deggio che il Codice Napoleone prescrivendo essere acque pubbliche i soli fiumi e riviere navigabili od inservienti a trasporto, qualificò pubblici i fiumi e le riviere non solo quando in essi venga effettivamente esercitata, ma eziandio quando in essi per la loro natura possa essere esercitata la navigazione od il trasporto, tale parendomi il senso delle parole francesi *navigables ou flottables*, che tradurrei in italiano colle parole *navigabili*, o *servibili*, piuttosto che *inservienti* al trasporto.

Quando dunque nel Regno lombardo-veneto fu attivato il vigente Codice austriaco, quei fiumi e quelle riviere, quando non vi fosse e per loro natura non vi potesse essere esercitata navigazione o trasporto, e tutte le altre acque correnti minori, non erano acque pubbliche ma acque private.

Se anche il Codice austriaco avesse dichiarato pubbliche tutte queste acque private, esse nel nostro Regno sarebbero rimaste ulteriormente private per effetto del diritto acquistato per la legge anteriore, diritto questo acquisito, al quale la legge posteriore, che nella di lei Patente di pubblicazione e nel § 5.° dichiarò espressamente di non voler avere effetto retroattivo, non volle portare e non portò veruna alterazione.

In ogni ipotesi dunque nel Regno lombardo-veneto anche dopo l' attivazione del Codice austriaco i fiumi e le riviere non navigabili nè atte al trasporto rimasero e sono acque private.

Per farne diventar pubblica qualcuna di esse, vi sarebbe stato e vi sarebbe un mezzo solo, quello cioè di toglierla al dominio privato mediante espropriazione forzata per oggetto comprovato di pubblica utilità, cioè per quello di farla servire alla navigazione od ai trasporti, e verso conveniente indennizzazione secondo il § 365 del suddetto Codice.

Tutto ciò dico nella ipotesi che fosse fuor di dubbio che il Codice austriaco avesse dichiarato acque pubbliche i fiumi e le riviere navigabili e non navigabili, servibili e non servibili al trasporto.

Ma ciò non mi sembra fuor di dubbio, anzi mi pare fuor di dubbio che anche per esso, sieno acque pubbliche le sole navigabili od atte al trasporto, e che tutte le altre sieno acque private.

Ossia mi pare fuor di dubbio che i fiumi e le riviere non navigabili, ned atte a trasporto e tutte le altre acque minori sieno anche per quel Codice acque private.

Infatti:

« Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare » vel respondere. »

Commettono questo peccato quelli che dal non dichiarare espressamente il § 287 del Codice austriaco essere cose pubbliche i fiumi e le riviere *navigabili od atte al trasporto*, ma i fiumi e le riviere senz' altro aggiungere, conchiudono essere cose pubbliche quelle acque correnti, abbiano o non abbiano il carattere di quella navigabilità od atti-

Digitized by Google

La destinazione dunque e l' uso cui servono questi fiumi e riviere è ciò che legalmente contraddistingue siffatte acque.

Qual è poi la destinazione, qual è l' uso che veramente le rendono pubbliche?

« Le piccole acque per lo più originate dai fonti » dice il Guglielmini nel suo celebre trattato della natura dei fiumi vol. I capitolo 3.° pag. 121 della edizione dei Classici Italiani fatta in Milano anno 1821 « si chiamano rivi: la unione di diversi rivi si dice » fiumicello, e la unione di più fiumicelli diventa fiume. »

« Fiume » osserva il D'Alembert nella Enciclopedia delle scienze, arti e mestieri, voce *fiume*, fisica e geografia « si dice quel corpo considerevole d' acqua che partendo » da qualche sorgente scorre su letto vasto e profondo per andare a gittarsi ordinaria» mente in mare. »

« Riviera » secondo la suddetta Enciclopedia a tal voce, Grammatica « è una mas» sa d' acqua scorrente in un letto, la più grande dopo il fiume.

» Le piogge formano le fonti, le fonti i ruscelli, i ruscelli le riviere.

» Le grandi riviere che vanno al mare senza perdere il loro nome si appellano » fiumi. »

Le masse o corpi d' acqua considerevoli e grandi, sono dunque fiumi e riviere.

Queste masse o corpi poi quando sono considerevoli, ma più grandi, si chiamano fiumi.

Quando invece sono considerevoli, ma meno grandi, si chiamano riviere.

Quando finalmente non sono nè considerevoli nè grandi, si chiamano rivi, fiumicelli, ruscelli.

Il Codice austriaco poi distingue nel § 287 tra i fiumi e le riviere (Ströme, Flüsse).

Nei §§ 407-413 distingue tra riviera (Fluss), ed acqua (Gewässer).

Anche per questo Codice mi sembra che debba intendersi, come ho detto di sopra, per fiume, una massa o corpo considerevole, ma più grande, e per riviera una massa o corpo considerevole, ma meno grande di quella del fiume, di acqua corrente.

E tanto più ciò mi sembra in quanto che, p. e. nell'atto di navigazione del Danubio del 7 novembre 1857 (Bull. delle leggi per la Venezia Parte I Puntata I n.° 13), quel corso considerevole ma più grande d' acqua, nel testo tedesco, vien chiamato *Strom* (fiume), mentre nel trattato per la libera navigazione del Po (Bull. suddetto Puntata I n.° 7), questo corso considerevole ma meno grande d'acqua viene, pure nel testo tedesco, detto *Fluss* (riviera).

Mi sembra altresì che per acqua debbasi invece intendere ogni corrente minore, vale a dire nè tanto considerevole nè tanto grande da essere qualificata fiume o riviera.

Fin qui vedesi poi che la differenza tra fiume e riviera e fra riviera ed acqua minore, va dal più al meno; senza che si possa determinare con esattezza a qual punto una corrente cessi di essere fiume e diventi riviera, ed a qual punto specialmente non sia riviera e sia invece acqua minore.

Fin qui vedesi egualmente, che sebbene il Codice austriaco ammetta la distinzione tra acque pubbliche ed acque private, tanto è vero che dichiara acque pubbliche le sole dei fiumi e delle riviere, e per conseguenza dichiara private tutte quelle che non sono nè fiume nè riviera, pure non potendosi con esattezza determinare il limite al di qua del quale un corso d' acqua sia riviera ed al di là del quale cessi di esserlo e sia invece acqua minore, non havvi criterio, come dice il Romagnosi, sensibile, limitato e certo per fissare dietro le semplici definizioni del fiume, della riviera e dell' acqua minore, quale veramente secondo quel Codice sia l' acqua pubblica e quale la privata.

Quel criterio dunque sensibile, limitato e certo dee cercarsi in altri elementi.

Ed esso trovasi per certo ed unicamente nella destinazione e nell' uso che hanno le

Digitized by Google

viene di necessaria conseguenza che se non si vuol fare sparire la distinzione fra quelle acque, e se non si vuole qualificarle tutte pubbliche, l' acqua pubblica a differenza della privata, non può essere caratterizzata tale, da nessuno di quegli usi che sono comuni ai fiumi, alle riviere ed alle acque minori, insomma a tutte le acque indistintamente.

Invece esser dee caratterizzata tale da un uso esclusivo, principale e speciale che essenzialmente la distingua da ogni acqua privata.

Ora quest' uso esclusivo, principale, speciale non è per certo quello della pesca, dei mulini, delle irrigazioni, degli altri opifizii ecc., perchè a quest' uso servir ponno anche i corsi d' acqua minori di quelli dei fiumi e delle riviere.

Resta l' uso per la navigazione o pel trasporto il quale non è comune a tutte le acque correnti, ma è proprio di alcune sì e di alcune no.

Quest' ultimo uso non comune a tutte le acque ma proprio di alcune di esse soltanto, esser dee ed è dunque l' uso esclusivo, principale e speciale che distingue le acque pubbliche dalle private.

Dunque i soli fiumi e riviere navigabili od atte al trasporto anche pel § 287 del Codice austriaco esser deggiono acque pubbliche.

I fiumi, le riviere non navigabili ned atte a trasporti ed ogni altra acqua minore deggiono essere acque private.

Questo mio ragionamento trova poi un forte appoggio anche nel § 407 del suddetto Codice.

Esso alla espressione, *fiume navigabile*, contrappone la espressione di *acqua*.

In contrapposto al fiume navigabile, intende dunque per acqua quella dei fiumi ed altre acque minori non navigabili.

Dichiara la isola formatasi in un fiume navigabile di proprietà dello Stato, e quella formatasi in acqua non navigabile, appartenente ai proprietarii dei fondi lungo le due sponde di essa ecc.

Che cosa poi dee dedursi da ciò?

Dee dedursi che la isola sorta in fiume navigabile è pubblica perchè quell' acqua stessa navigabile è egualmente pubblica.

E che la isola sorta in fiume ed in altra acqua minore non navigabile è privata, appunto perchè questo fiume e quest' acqua non navigabili, sono anch' esse acque private.

Dee dedursi, come osserva il Romagnosi, condotta delle acque tomo 3.° pag. 10 in nota, che seguendo l' alveo la natura dell' acqua, come l' acqua segue la natura dell' alveo, se è dichiarata privata l' isola non sorta in fiume navigabile, e se per lo contrario viene ritenuta come riservata allo Stato quella sola ch' è sorta in fiume navigabile, il legislatore volle riguardare come pubbliche le correnti navigabili e nulla più.

Queste stesse conchiusioni possono derivarsi anche dai §§ 409 e 410 del Codice austriaco.

Per essi se un' acqua abbandona il suo alveo, questo va prima ad indennizzare i proprietarii dei fondi danneggiati pel nuovo corso di essa, e fuori del caso di tale indennizzazione, l' alveo abbandonato appartiene come l' isola ai proprietarii dei fondi adiacenti.

Questi §§ parlano soltanto di un' acqua, vale a dire, come ho detto di sopra parlando dell' isola, del fiume e di ogni altra acqua minore non navigabili.

Assegnano l' alveo abbandonato di quel fiume e di quell' acqua minore non naviga-

Digitized by Google

Se dunque anche pei §§ 409 e 410 del Codice austriaco l'alveo abbandonato di un' acqua non navigabile è ceduto ai proprietarii privati, perchè alveo ed acqua sono cose private, e se invece l'alveo abbandonato di un' acqua navigabile è riservato come l'isola allo Stato, perchè alveo ed acqua sono cose pubbliche, anche da ciò si può dedurre che la navigabilità sia il carattere esclusivo, principale, speciale pel Codice austriaco dell'acqua pubblica, e che la non navigabilità sia quel carattere dell' acqua private.

Dunque eziandio per quel Codice si può con fondamento sostenere, che i soli fiumi e riviere navigabili sieno acque pubbliche e che i fiumi, le riviere e le altre minori acque non navigabili sieno acque private.

Un' altra osservazione.

Il § 287 del suddetto Codice qualifica beni universali o pubblici, perchè l'uso ne è lasciato a tutti, oltre ai fiumi ed alle riviere, anche le strade maestre, i porti e le spiagge del mare.

Parifica dunque ai fiumi ed alle riviere quelle strade, quei porti e quelle spiagge.

Dunque l' uso che rende cose pubbliche le suddette strade, porti e spiagge, rende pubblici anche i fiumi e le riviere.

Ora.

Le strade maestre sono cose pubbliche, perchè tutti ne usano o ne possono usare col percorrerle o col poterle percorrere, col servirsene ognuno e col potersene servire per trasporti.

Ma nel percorrerli e poterli percorrere, nel servirsene o potersene servire per trasporti, sta l' uso di tutti anche pei fiumi e per le riviere, coll' unica differenza, che l'identico uso pubblico nei fiumi e le riviere ha luogo per acqua, mentre nelle strade maestre ha luogo per terra.

Dunque se l' uso di tutti col percorrerle e col poterle percorrere, col servirsene e col potersene servire pei trasporti, è quello che rende cose pubbliche le strade maestre, l' identico uso rende pubbliche cose anche i fiumi e le riviere alle suddette strade dalla legge parificate.

Ma quell'uso pei fiumi e per le riviere sta nella navigabilità.

Dunque questa navigabilità è quella che li rende pubbliche cose.

Dunque anche per questo, cose pubbliche sono pel Codice austriaco i fiumi e le riviere navigabili ed atti a trasporto, e cose private sono i fiumi e riviere non navigabili nè atti a quel trasporto.

Così pure l' uso di tutti si esercita:

Nei porti col potervi i navigli di tutti entrare, stanziare e sortire, insomma perchè sono navigabili, giacchè senza navigabilità mi sembra che non si possa immaginare porto.

E sulle spiagge o lidi del mare, col potere i navigli di tutti approdarvi, caricare, scaricare i navigli e partire, col servire insomma alla navigazione.

Insomma l' uso di tutti per la navigazione è quello che rende cose pubbliche anche i porti e le spiagge del mare.

Ora se a questi il § 287 del Codice austriaco parifica i fiumi e le riviere, convien dire ch' eziandio quelle acque correnti non per altro sono dichiarate cose pubbliche se non perchè servono all' uso di tutti per la suddetta navigazione.

Dunque anche per tutto ciò cose pubbliche sono i fiumi e le riviere navigabili ed atte a trasporto, e cose private i fiumi e le riviere non atte a questi usi.

Finalmente.

Il Cavallaroni (tomo 1.° pag. 191 della sua opera che ho di sopra citata) dice che i

austriaco, tradusse in questo linguaggio nel § 287 per *flumina* e *fluvii*, le parole tedesche *Ströme*, *Flüsse*, cui furono fatte corrispondere le parole italiane *fiumi* e *riviere*.

Ora *flumina* e *fluvii* in latino significando soltanto acque correnti navigabili, anche il Winiwarter, dando in quell' idioma quel nome a quelle acque che il testo tedesco del suddetto § chiama *Ströme* e *Flüsse*, e che la traduzione italiana chiamò *fiumi* e *riviere*, ritenne che sotto la denominazione fiumi e riviere fossero comprese soltanto le navigabili.

Anche in ciò havvi un qualche argomento per ritenere che pel Codice austriaco cose pubbliche sieno i soli fiumi e riviere navigabili, e cose private i non navigabili, e tutte le altre acque minori.

Io poi ritengo questo principio, e rispettando qualunque altrui contraria opinione, credo per quanto ho detto di sopra di poter sostenerlo fino a che una dichiarazione Sovrana non fissi un principio opposto.

Questo opposto principio, a quanto io mi sappia, non fu ancora dal Sovrano legislatore fissato.

Havvi bensì una Sovrana Risoluzione del 4 maggio 1833 portata dal decreto del Governo di Venezia del successivo 13 giugno n.° 21651, che non credo sia stata pubblicata, e che in un caso speciale decise « non potersi di regola a senso delle vigenti prescrizioni e costumanze pretendere una giustificazione o legittimazione dell' uso continuato di *acque sorgenti e scorrenti nei fondi privati*, ma nel caso in cui tale uso continuato venisse in conflitto con rapporti pubblici, cioè dello Stato, essere l' amministrazione dello Stato autorizzata per mire di pubblico bene, non solamente a restringerlo, e perfino a sospenderlo ed a proibirlo, ma ben anco fino a che durino i riguardi pubblici a rendere dipendente il rinnovato uso delle acque da espresso permesso governativo, e questo essere principalmente il caso trattandosi di fonti giacenti in vicinanza a fiumi, canali ed altre pubbliche opere idrauliche com' è già prescritto al § 55 della legge 20 aprile 1804. »

Credo che in base a questa Risoluzione Sovrana taluno abbia sostenuto e sostenga che ad eccezione delle acque sorgenti e scorrenti nei fondi privati, ch' essa avrebbe *sole* dichiarate private, tutte le altre correnti d'acqua comprese quelle dei fiumi e delle riviere non navigabili ned atte a trasporto, debbano essere considerate pubbliche.

Io non credo a dir vero che dalla suddetta Risoluzione possa trarsi questa conseguenza senza estenderne arbitrariamente il senso.

Accordo che essa abbia implicitamente dichiarato private le acque sorgenti e scorrenti nei fondi privati.

Ma nego che le abbia dichiarate private *sole*.

Nego specialmente che abbia dichiarato pubbliche le acque eziandio dei fiumi e delle riviere non navigabili, ned atte al trasporto, giacchè essa di queste acque non parla nè punto nè poco.

Ha dichiarato privata una specie di acque, cioè quelle sorgenti e scorrenti in fondi privati.

In quanto alle altre specie di acque e specialmente in quanto ai fiumi ed alle riviere non navigabili ned atte a trasporto, nulla ha detto.

Dunque non le ha dichiarate nè private nè pubbliche.

Dunque ha lasciato intatta la quistione se sieno private o pubbliche.

Lasciata poi intatta per quest' altre specie di acqua tale quistione essa non può decidersi sulla base di quella Sovrana Risoluzione.

Essa dee decidersi unicamente secondo le disposizioni del Codice civile austriaco.

Ora per quelle disposizioni credo di avere dimostrato che acque pubbliche sono le

Digitized by Google

Ma nell' amore della verità il dubbio mi pare permesso e non irriverente.

Ora un' acqua corrente in tanto è pubblica, in quanto serve allo scopo della navigazione o trasporto, e così al pubblico uso.

Ma non serve egualmente a quello scopo tanto un' acqua in sè stessa navigabile, quanto quella che non essendo tale, pure ne rende navigabile un' altra?

Mi pare che si potrebbe affermarlo.

La prima serve *direttamente* a quello scopo, per essere in sè stessa navigabile.

La seconda *indirettamente* col renderne navigabile un' altra.

Ma se serve a quello scopo anche l' acqua, che sebbene in sè stessa non navigabile, pure ne rende navigabile un' altra, e se lo scopo stesso è il criterio che distingue l'acqua pubblica dalla privata, non potrebbe forse dirsi con qualche fondamento, come il dissero le leggi romane, che pubblica sia eziandio quell' acqua, la quale sebbene in sè stessa non navigabile pure è indispensabile a renderne navigabile un' altra? *aut navigabile aut ex eo navigabile fit?*

E se ciò fosse, non potrebbe per avventura sostenersi, che i tronchi, gl' influenti, i defluenti non navigabili di un' acqua navigabile debbano considerarsi acque pubbliche, quando sieno indispensabili a rendere navigabile altra acqua?

E se ciò fosse, non potrebbesi forse conchiudere ch' eziandio pel Codice austriaco acque pubbliche sieno non sole i fiumi e le riviere navigabili od atte a trasporto, ma anche ogni acqua in sè stessa non navigabile ma che sia indispensabile a mantenerne navigabile un' altra?

Assoggetto questa opinione qualunque ella sia al giudizio del lettore, riferendomi del resto su questo punto a quanto ne ho detto nel mio scritto sulle acque correnti pubbliche e private nelle provincie venete inserito nella Sezione II dell' Eco dei Tribunali e precisamente al n.° 104 pagine 413 e 414 del 1852, al n.° 105 pagine 5, 6 e 7 del 1853, ed al n.° 139 pagine 282 e 283 pure del 1853.

Stabilita così anche pel Codice austriaco la distinzione delle acque correnti in pubbliche e private, e determinato che se a mio avviso acqua pubblica è quella dei fiumi e delle riviere navigabili od atte al trasporto, nonchè forse quella che sebbene in sè stessa non navigabile, pure è indispensabile a mantenerne navigabile un' altra, acqua privata esser dee qualunque altra che non abbia le suddette qualità, faccio ritorno alla domanda, chi da un' acqua corrente possa concedere la estrazione di una quantità di essa.

E dopo ripetuto in generale quanto ho detto a principio della presente annotazione, che può farlo quegli cui quell' acqua appartiene, osservo in particolare quanto appresso.

Da un' acqua corrente pubblica può concedere la estrazione il solo Stato al quale appartiene, e ciò tanto per la legislazione italiana quanto per l' austriaca.

Pel Regno lombardo veneto ciò è espressamente dichiarato dall' art. 1.° dell' ancora vigente decreto italiano 20 maggio 1806 n.° 36.

In quanto all' acqua corrente privata, distinguerei.

Quella di una sorgente.

Quella che costeggia un fondo.

Quella che lo attraversa.

La sorgente per l' articolo 641 del Codice Napoleone mi sembra appartenere al proprietario del fondo nel quale nasce.

La costeggiante per l' articolo 644 di quel Codice mi sembra appartenere ai proprietarii dei fondi che costeggia.

La attraversante per lo stesso articolo, ai proprietarii dei fondi che attraversa.

La sorgente per l' articolo 641 di quel Codice parmi in regola appartenere esclusivamente al proprietario del fondo nel quale sorge.

Ma in via di eccezione, per quell' articolo e pel successivo articolo 642 può avere per titolo o per prescrizione acquistato diritto di usarne il proprietario del fondo inferiore.

Così pure per l' articolo 643 il proprietario di quella sorgente non può deviarne il corso quando somministri l' acqua necessaria agli abitanti di un Comune, villaggio, o borgata, i quali però, se non ne hanno acquistato o prescritto l'uso, gli deggiono conveniente indennizzazione.

L' acqua poi costeggiante od attraversante, appartiene per l' articolo 644 ai proprietarii dei fondi che costeggia ed attraversa, ma però finchè li costeggia od attraversa.

Digitized by Google

Essa dunque non mi sembra proprietà esclusiva di un solo, dibbene proprietà comune di tutti quei proprietarii.

Da questa comunione di proprietà ne viene che il diritto di uno di quei proprietarii non può essere esercitato a danno del diritto dell' altro.

Per questo, l' articolo 645 ha prescritto che nascendo quistione tra essi per quell' acqua, il giudice conciliar dee l' interesse dell' agricoltura coi riguardi dovuti alla proprietà.

Diversamente, meno qualche piccola differenza, sembrami che non possa dirsi in base alla legislazione austriaca.

Infatti in quanto all' acqua delle sorgenti in fondo privato essa fu dalla Risoluzione Sovrana 4 maggio 1833 che ho citato di sopra, dichiarata di appartenenza del proprietario di quel fondo.

Certo che il proprietario del fondo inferiore può averne acquistato diritto per titoli o per prescrizione.

Ponno eziandio averne acquistato e prescritto l'uso un Comune, villaggio o borgata.

E quando ciò non fosse, e l' acqua della sorgente fosse ad essi indispensabile, credo che avrebbero diritto di servirsene per spropriazione forzata e verso indennizzazione a senso del § 365 del Codice civile.

In quanto poi alle acque private costeggianti, od attraversanti fondi privati non vedrei a dir vero come e perchè non debbano appartenere ai proprietarii dei fondi che attraversano o costeggiano.

A chi apparterranno se non ad essi?

Forse allo Stato, quando non sia proprietario di taluno di quei fondi?

No certamente perchè lo Stato in tal caso non ha diritto se non alle pubbliche acque e qui si tratta di acque private.

Forse ai Comuni come corpi formati dagli abitanti di una città, di una borgata, di un villaggio, di un territorio, considerati collettivamente in riguardo ai loro comuni interessi, quando nemmeno essi sieno proprietarii di taluno dei fondi stessi?

Nemmeno, perchè gl' inconvenienti annessi alla vicinanza di quelle acque, non vengono sofferti da quei corpi, come qui sopra gli ho considerati, e vengono invece sofferti dai proprietarii delle rive delle acque stesse.

E se per naturale equità chi non sopporta i pesi di esse, non dee goderne nemmeno i beneficii, e dee godere di questi chi sopporta quelli, ne viene che le acque stesse non ponno appartenere a quei Comuni e deggiono invece appartenere a quei proprietarii.

Dall' appartenere poi anche per la legge austriaca la sorgente al proprietario del fondo in cui nasce, ne viene la conseguenza che questo proprietario è quello che ha diritto di accordare estrazione di acqua da essa.

Dall' appartenere l' acqua privata costeggiante od attraversante un fondo privato al proprietario di quel fondo, ma però finch' essa lo costeggia od attraversa, ne viene la conseguenza che questo proprietario ha diritto di accordare estrazioni da essa, ma però finchè costeggia od attraversa il di lui fondo.

Egli però esercitando questo suo diritto non dee recar nocumento al diritto di altri proprietarii i cui fondi sieno costeggiati od attraversati dall' acqua stessa, a tutti comune.

Questi proprietarii di fondi aventi diritto di accordare quelle estrazioni ponno poi essere per la legge austriaca, il Sovrano quando i fondi stessi facciano parte del suo patrimonio privato, lo Stato pei fondi della corona e camerali, un Comune cui uno di quei fondi appartenga, insomma esser ponno come dice il § 286 del Codice austriaco parlando dei beni privati, o persone singole, o persone morali, o piccole società, o comunità intiere.

Digitized by Google

l' acqua pel proprio fondo a vantaggio di un fondo altrui si cangia in obbligo di lasciarla imporre nel caso dell' articolo 52 della legge italiana 20 aprile 1804 del quale ho parlato nell' annotazione *d* n.° 2 lettera *b* del presente Capo.

Ed il diritto d' imporre la servitù della condotta dell' acqua dall' altrui fondo nel fondo proprio, si cangerebbe secondo il Romagnosi in obbligo di lasciarla imporre nel caso dell' articolo 55 di quella legge, come ho detto nella suaccennata annotazione lettera *c*.

2.° Può avere poi la servitù di condurre a vantaggio di un fondo l' acqua per un fondo od in un fondo altrui, chiunque acquistar possa a quel primo fondo servitù prediali.

Quali persone poi possano acquistarne, l' ho detto nelle annotazioni al Capo XV del Trattato I.

Ha del resto la servitù attiva di quella condotta, chi ha il fondo a vantaggio del quale essa sussiste.

3.° Chi ha diritto di servitù attiva di condurre l' acqua per l' altrui fondo nel proprio, o dal proprio fondo nell' altrui non può essere costretto a condurla perchè è in sua libertà di non usare del proprio diritto.

Chi invece ha obbligo di lasciar condurre quell' acqua pel proprio o nel proprio fondo, non può essere astretto a condurla, perchè la servitù non consiste nel fare, ma soltanto nel tollerare, o nel non fare.

(*f*) Qui il Cipolla dice che la servitù di acquidotto può essere conceduta a più persone e per lo stesso luogo onde l' acqua sia condotta negli stessi giorni ed ore, se a tutti può bastare.

Ed io dirò in primo luogo che può essere conceduto diritto di estrarre da un' acqua pubblica o privata, quantità di essa a più persone onde dopo estratta sia condotta ec.

A questo proposito:

1.° Se lo Stato da un' acqua pubblica e se il proprietario di un' acqua privata, concedano prima ad uno di estrarne una quantità, ponno dopo concederne la estrazione ad un altro, come ho detto nell' annotazione *c* n.° 2 del presente Capo, quando l' acqua basti a tutti, e quando nessuno nè specialmente il concessionario anteriore venga pregiudicato.

2.° Credo anch' io che se l' acqua non basta a più concessionarii, il proprietario di essa, dopo accordatane la estrazione ad un primo concessionario, possa quando questi vi acconsenta accordarla eziandio ad un secondo.

3.° Se poi da una stessa bocca di erogazione viene conceduta in comune a più utenti una presa d' acqua che basti a tutti essi, nè questi vadano d' accordo nel ripartirsi l' acqua estratta, dovranno per ripartirsela procedere secondo i principii legali della divisione della cose comune.

4.° Intorno alla ripartizione poi di essa secondo la quantità o secondo la qualità dei fondi al cui vantaggio dee servire, veggasi quanto ho detto nell' annotazione *c* n.° 4 lettere *b*, *c*, *d* del Capo presente.

5.° La quistione finalmente se quegli che ottenne a vantaggio del proprio fondo la concessione della presa di una quantità d' acqua pubblica o privata possa concedere quella stessa acqua a vantaggio dei fondi di terzi, la ho o bene o male trattata nell' annotazione *c* n.° 3 del Capo presente.

Dirò in secondo luogo che a vantaggio di più fondi spettanti a diversi proprietarii potrà essere condotta l' acqua nello stesso o per lo stesso fondo altrui quando tutti quei proprietarii possano condurvela senza che nessuno di essi nè specialmente l' anterior concessionario venga pregiudicato.

Digitized by Google

3.° *Capo dell' acqua* dicesi il luogo d' onde essa nasce.

Se nasce da un fonte, *capo dell'acqua* è il fonte medesimo.

Se da un fiume o lago, *il capo* sta nei primi *incili*, o nel principio delle fosse da cui le acque del fiume o del lago vengono sospinte nel primo rivo, ossia canale o condotto.

Incilo è quella incisione o taglio della sponda di qualsivoglia fiume, canale o rivo, che viene praticata onde fare la bocca per la quale si estrae un' acqua.

Fonte o sorgente mi pare che possa dirsi il sito ove nasce naturalmente un' acqua onde distinguerlo dal

Fontanile, che pegli articoli 55 della legge 20 aprile 1804 e 12 del decreto 20 maggio 1806 n. 36 mi par essere lo scavo fatto nel fondo proprio od altrui onde trovare l'acqua e condurla a propria utilità.

4.° Che possa essere costituita servitù di estrazione e di condotta d' acqua tanto trovata, quanto da trovarsi, l' ho detto nell' annotazione *a* n. 4 del presente Capo.

5.° In quanto al tempo del loro uso le acque si distinguono in *jemali* ed *estive*, in *diurne e notturne*, in *quotidiane* e *non quotidiane*. Veggasi intorno a ciò il Romagnosi Volume 2.° pagine 119-135.

Esse ponno essere eziandio usate a *giorni* e ad *ore*, come scorgesi nel suddetto autore pagine 139-149 del Volume 4.°

6.° La estrazione di un' acqua può essere chiesta ed accordata a misura, p. e. ad *oncie* ed a *digiti*. Intorno a quelle ed a questi veggasi egualmente il Romagnosi Volume 2. pagine 180-200.

7.° Sulla quistione, se avendo taluno conceduto ad altri diritto di passaggio in un sito del proprio fondo, possa concedere a terzi diritto di condurre acqua per lo stesso sito, e viceversa, mi riferisco a quanto ho detto nell' annotazione *e* al Capo L del Trattato I.

8.° Se tra il sito dal quale viene estratta l' acqua ed il sito pel quale od al quale esser dee condotta sia interposto pubblico luogo o strada, è chiaro che senza il permesso della pubblica autorità l'acqua non può esser fatta attraversare quel pubblico luogo o via.

L' autorità pubblica concedendone il permesso, ne fisserà le condizioni, perchè non ne sorga pregiudizio per nessuno.

Se l' acqua specialmente attraversare dovesse una pubblica strada, sarebbe quasi del tutto applicabile quanto ho detto intorno al passaggio nell' annotazione *f* al Capo XLVIII del suddetto Trattato.

9.° In quanto al sito pel quale sul fondo serviente esser dee condotta l' acqua, essa dee condursi per un rivo o canale *(iter aquae)*, da un dato ad altro dato punto di quel fondo o per più di una via d' acqua, se ciò è necessario al fondo dominante, ma però costantemente, non sembrandomi ammissibile ch' essa vengavi condotta ora per un sito ed ora per un altro ad arbitrio del proprietario di quest' ultimo fondo, perchè ciò aggraverebbe senza bisogno la condizione del suddetto fondo serviente.

Il sito dunque per la condotta esser dee fissato, ossia scelto.

Lo sceglieranno poi, come ho detto pel passaggio nelle annotazioni *a*, *b* al Capo XXIII del Trattato I o i proprietarii dei fondi dominante e serviente se sono d' accordo, ovvero se non ponno andar d' accordo, lo sceglierà il giudice ordinario, sentiti, ove sia necessario, periti.

10.° Nei §§ XXXV-XXXVIII del presente Capo il Cipolla tratta la quistione, quando essendi dovuta dai un fiume la servitù di acquidotto, questa possi non aver quel fiume

Sebbene quelle due servitù attive di estrarre acqua da un fiume od altro corso dell'acqua stessa, e di condurre l' acqua estratta pel fondo altrui, sieno tutte in tutto e tutte in ciascuna parte del rispettivo fondo serviente, vale a dire, sebbene la servitù di quella estrazione aggravi tutto il fiume o corso d' acqua da cui dev' essere estratta, e sebbene la servitù di quella condotta aggravi tutto il fondo per cui quella condotta dee aver luogo, pure per la natura di queste servitù, e pel principio di diritto, che nel loro esercizio dee essere conciliato il vantaggio del fondo dominante col minore aggravio possibile del fondo serviente, mi pare inammissibile, che chi ha diritto di estrarre acqua possa a suo arbitrio estrarla da tutti i punti della sponda del fiume o corso d' acqua, e che quegli che ha diritto di condurla, possa pure a suo arbitrio condurla per tutte le parti del fondo pel quale esser dee condotta.

Ciò mi sembra inammissibile perchè, se siffatte estrazione e condotta potessero anche andare a vantaggio del fondo dominante, pure aggraverebbero di troppo la condizione del rispettivo fondo serviente contro il principio di legge, che quella condizione non dee essergli resa troppo onerosa.

Da ciò ne viene che per conciliare il vantaggio del fondo dominante col minor possibile aggravio del fondo serviente, nella servitù di estrarre acqua, deggiono necessariamente essere fissate una o più bocche di erogazione dal fiume o corso d' acqua secondo il bisogno del fondo dominante, e nell' altra servitù di condurre l' acqua estratta per l' altrui fondo, deggiono pur necessariamente essere fissate una o più vie, secondo il bisogno del fondo stesso dominante, per le quali debba essere condotta pel suddetto fondo altrui.

Fissate così una o più bocche di erogazione, tutti gli altri punti della sponda del fiume o corso d' acqua, rimangono liberi dalla servitù della presa d' acqua, e fissate una o più vie di condotta dell' acqua estratta, pel fondo altrui, tutte le altre parti di questo fondo rimangono libere dalla servitù di quella condotta.

Fissati così nel primo caso il sito o siti della presa dell' acqua, e fissati nel secondo il sito o siti della condotta per l' altrui fondo dell' acqua stessa, quei siti non ponno essere mutati, per l' altro principio di diritto che fatta una volta la scelta non si può recedere da essa.

Da ciò ne viene come osserva egregiamente il Romagnosi nella sua Condotta delle acque Volume 3.° pagina 233 in nota, che la soggezione alla servitù di tutto il fondo ad essa assoggettato, *tota in toto et tota in qualibet parte*, vale a dire nei casi dei quali ora mi occupo, la soggezione di tutto il fiume o corso d' acqua alla estrazione, e di tutto il fondo che soffrir dee la condotta dell' acqua, alla condotta stessa, esistono solo in potenza prima della fissazione ossia scelta del sito o siti della estrazione e della condotta, e non in atto, per lo chè fatta quella fissazione ossia scelta, gli altri punti del fiume o corso d' acqua rimangono liberi, come libere rimangono le altre parti del fondo altrui pel quale la condotta fu stabilita.

A questi principii che mi sembrano ragionevoli e giusti, fa d' uopo associare l' altro principio desunto dagli articoli 703 e 704 del Codice Napoleone ed anche dal § 525 del Codice austriaco, ch' essendo carattere essenziale della servitù ch' essa rechi vantaggio al fondo dominante, se quel vantaggio cessa per trovarsi le cose in istato tale da non potersi più far uso della servitù stessa, questa cessa ossia s' interrompe, tornando poi essa ad aver luogo e ripigliando così il di lei precedente vigore, quando le cose sieno ristabilite in guisa da potersene di nuovo far uso.

Stabiliti così i principii, parmi di potere secondo essi rispondere alle due domande che ho fatto di sopra nel modo seguente.

Tengasi però rigorosamente fermo sulle circostanze delle quali fa cenno il Cipolla.

Digitized by Google

Mediante esse, non può più dunque essere estratta acqua a vantaggio del fondo dominante.

Ciò essendo, la servitù della presa d' acqua è cessata ossia è interrotta tanto pel § 703 del Codice Napoleone, quanto pel § 525 del Codice austriaco.

E tanto più è interrotta per le seguenti ulteriori ragioni.

Quella servitù era limitata per fissazione e scelta, alle suddette bocche di erogazione, quindi al solo sito di esse.

Divenute esse inutili per avere il fiume o corso d' acqua abbandonato l' alveo nel quale si aprivano, il proprietario del fondo dominante cui spettava la servitù della presa dell' acqua nel *solo sito* delle bocche stesse, non può senz' altro fondamento legale che quello della avveratasi loro inutilità, pretendere in diritto di estrarla da *altro sito*, cioè da altre bocche da aprirsi nelle nuove sponde che il fiume o corso d' acqua si è formate nel nuovo e diverso alveo.

Ciò non può pretendere, perchè questo *secondo* sito è esente da ogni servitù, appunto perchè questa era limitata soltanto al *primo* sito.

Che se poi il fiume o corso d' acqua ritornasse nell' antico suo letto, parmi che il diritto di estrarvi acqua sui punti delle sponde di quel letto da cui estraevasi prima, e dalle anteriori bocche di erogazione se esistono ancora o da qnelle bocche rinnovate negli stessi punti, torni a rivivere a vantaggio del fondo dominante, in base all'art. 704 del Codice Napoleone ed al § 525 del Codice austriaco.

Alla seconda domanda poi, rispondo così.

Avendo il fiume o corso d'acqua per naturale evento, cioè per forza maggiore mutato letto, l' alveo antico è rimasto senz' acqua, perchè questa si è aperta altra via per l' alveo nuovo.

Non essendovi nell' alveo antico più acqua, non ne può essere erogata più a vantaggio del fondo dominante mediante le bocche, fissate e scelte in quell' alveo per erogarla, se anche esistono ancora come materiali costruzioni.

Quelle bocche non dispensano dunque più acqua ai canali derivatori, che fanno capo ad esse, e mediante i quali, per fissazione e scelta fattane, l'acqua dovea essere, e veniva condotta per l' altrui fondo serviente a vantaggio del fondo dominante.

Ciò essendo, la servitù di condotta da quelle bocche per quei canali derivatori è cessata ossia è interrotta, tanto per l'articolo 703 del Codice Napoleone, quanto pel § 525 del Codice austriaco.

E tanto più è interrotta per le seguenti ragioni ulteriori.

Quella servitù di condotta era limitata a quei fissati e scelti canali derivatori, in tanto in quanto essi conducevano pel fondo altrui a vantaggio del fondo dominante l' acqua dalle bocche pur fissate e scelte dall' antico alveo, le quali gli alimentavano.

Ora cessata ossia interrotta pel mutamento dell' alveo, la servitù della erogazione dell' acqua da quelle bocche, esser dee cessata ossia interrotta anche l' altra servitù della condotta dell' acqua estratta dalle bocche stesse per quei canali derivatori.

Infatti se quelle bocche non danno più acqua, non so quale acqua possa condursi pei canali derivatori che ad esse fanno capo.

Suppongasi ora in tale stato di cose, che il proprietario del fondo dominante ottenga dal proprietario del fiume o corso d' acqua che ha mutato l' antico in un nuovo letto, la estrazione dell' acqua da bocche diverse stabilite e fissate fra alcuni punti dell' alveo nuovo.

Digitized by Google

l' acqua estratta dalle bocche del nuovo alveo, non potrebbe in verun modo confondersi colla servitù antica di condurre l'acqua estratta dalle bocche dell' alveo vecchio, se anche per accidente la nuova servitù di condotta dell' acqua avesse luogo pegli stessi canali derivatori, pei quali avea luogo l' antica servitù di quella condotta.

Sicchè se la nuova servitù di condotta non può confondersi coll' antica, malgrado la eventualità che e nell' una e nell' altra l' acqua venisse condotta pegli stessi canali derivatori, questa eventualità non può portare l' effetto, che per avere il fiume o corso d' acqua abbandonato il vecchio suo alveo, la servitù di condurre l' acqua estratta dalle bocche di quell' alveo non sia cessata ossia interrotta.

Questa servitù è cessata ed interrotta sebbene possa essere nata la nuova e diversa servitù di condurre l' acqua estratta dalle bocche dell' alveo nuovo, se anche venga condotta pegli stessi canali derivatori.

Che se poi il fiume o corso d' acqua ritornasse nell' antico suo letto, parmi che per l' articolo 704 del Codice Napoleone e pel § 525 del Codice austriaco come riviverebbe la servitù di estrarre acqua dai punti della sponda di quel letto da cui ritraevasi prima ossia dalle antiche bocche di erogazione esistenti o rinnovabili in quei punti, così riviverebbe eziandio l' altra servitù di condurre quell' acqua per tal modo estratta dall' alveo ritornato all' antico suo letto pegli antichi canali derivatori od esistenti o rinnovabili negli stessi siti di prima nel fondo serviente.

Intorno poi alla questione se le suddette due servitù di estrazione e di condotta dell' acqua temporaneamente *cessate* ossia *interrotte* per l' evento naturale e di forza maggiore dell' abbandono del vecchio alveo fatto da un fiume o da un corso d' acqua, rimangono *estinte* per aver durato la interruzione per tutto il tempo della prescrizione estintiva, veggasi quanto ho detto al n.° I dell' annotazione *a* del Capo XXIV del primo trattato e specialmente quanto ivi ho osservato nel caso terzo.

11.° Sui §§ XXXIX e XL del presente Capo osservo che in forza di semplice occupazione fatta di propria autorità non si può acquistare diritto nè di estrazione nè di condotta di un' acqua nè pubblica nè privata altrui.

Quella occupazione non è compresa nei modi di acquistare quelle due servitù da me accennati nell' annotazione *d* n.° 2 al Capo presente.

Inoltre si acquistano per occupazione le sole cose *nullius*, e specialmente l' acqua da estrarsi e da condursi non è cosa di nessuno, giacchè s' è pubblica appartiene allo Stato e se privata ai proprietarii privati, come ho detto nella precedente annotazione *e* n.° 1 al suddetto Capo.

Finalmente, in ispecialità pel Codice austriaco, come ho detto nell' annotazione *e* al Capo XL del Trattato I, non si acquistano per occupazione se non le cose mobili abbandonate dal proprietario con animo di non volerne più per sue, e l' acqua di un fiume o di altra corrente è cosa immobile fino a che scorre per l' alveo dal quale dee essere estratta e condotta, com' è cosa immobile il diritto di estrarla e condurla a titolo di servitù prediale, perchè quel diritto servendo a vantaggio di un immobile (del fondo dominante) è congiunto col possesso di esso, e quindi pel § 298 di quel Codice è com' esso cosa immobile.

12.° Sui §§ XLI e XLII osservo quanto appresso.

Da ciò che ho detto nella precedente annotazione ne viene, che nessuno per occupazione fattane di propria autorità, cioè senza averne acquistato diritto nei modi legali che ho accennato nell'annotazione *d* n.° 2 al presente Capo, può prendere l' acqua pubblica, o la privata altrui, ch' escono dal mulino di un altro, ad oggetto di condurla al proprio mulino, nemmeno in modo che il primo mulino non ne risenta pregiudizio.

E siccome qui il Cipolla parla dell' alveo dell' acqua pubblica o privata anch' io trovo opportuno di dirne alcun che.

Qualunque corso di acqua pubblica o privata è formato dall' acqua che scorre, e

Digitized by Google

superficie del suolo in cui l' alveo stesso è incavato, e discendendo in linea perpendicolare ed inclinata, contengono ristretta e sollevata di superficie a qualche altezza l' acqua.

Formate dalla natura sono naturali: formate dalla mano dell' uomo sono artifiziali. Queste ultime, se formate onde sostenere la maggiore escrescenza dell' acqua, si chiamano argini.

Ma sono in secondo luogo ripe o sponde anche le parti estreme della superficie *orizzontale* del suolo nel quale è incavato l' alveo, parti estreme immediatamente aderenti alle parti laterali dell' alveo stesso discendenti come ho detto di sopra o perpendicolarmente od obliquamente sino al fondo di esso.

L' alveo è dipendenza, accessorio dell' acqua come l' acqua è dipendenza ed accessorio dell' alveo.

Finchè un' acqua pubblica o privata (e quale a mio avviso sia l' una e l' altra l' ho detto nell' annotazione e n.° 1 del Capo presente) scorre per l' alveo, questa e quella sono inseparabili.

Almeno per me sarebbero due cose del tutto inconciliabili che il corpo di acqua cioè il contenuto fosse cosa di un proprietario, e che l' alveo cioè il continente non fosse cosa di esso.

L' alveo quindi di un corso d' acqua pubblica colle sue sponde o ripe laterali non può essere che pubblico.

E l' alveo di un corso d'acqua privata con quelle sue sponde o ripe laterali non può essere che privato.

Quell' alveo poi manufatto pel quale scorre un' acqua pubblica o privata, estratta in una data quantità dal corso maggiore di essa che la dispensa, e condotta da quegli che ne ha l' uso, e che ha la servitù attiva di estrarla e condurla, dicesi *rivo*, *canale*, *fossa*, *roggia*, *seriola* ecc.

Non mi pare poi che quest' alveo possa chiamarsi *incile*, se è giusta la definizione dell' incile, che ho dato al n.° 3 delle presenti annotazioni.

L' alveo stesso colle sue sponde *laterali*, almeno nel Regno lombardo veneto, è proprietà privata di colui che conduce l' acqua estratta per esso.

Ciò sembrami risultare specialmente dall' articolo 52 della legge italiana sulle acque del 20 aprile 1804.

Per esso chi intende derivare per oggetti d'agricoltura e d' industria acque private o pubbliche legittimamente possedute può bensì condurle per fondo altrui, ma dee pagare il valore del terreno occupato dall' acquidotto (costruzione materiale) ossia da quell' alveo.

Se paga il valore di quel terreno lo compra, e se lo compra è certo che l' alveo che scava in esso per quella condotta è sua proprietà.

Quelle altre sponde o ripe poi di un alveo di acqua pubblica o privata che sono formate dalle parti estreme della superficie *orizzontale* del suolo nel quale è incavato l' alveo stesso, appartengono ai rispettivi proprietarii dei terreni lungo esso giacenti.

Ciò mi sembra provato dal § 413 del Codice austriaco.

Per esso qualunque possessore di fondo può fortificare la *sua* riva contro la violenza dell' acqua.

Adopero la parola *acqua* della traduzione italiana, anzichè la parola *Fluss* del testo originale tedesco, perchè questo restringerebbe la facoltà di quel possessore al fortificare la sua riva contro la violenza di una specie sola di acque, mentre quella la estende a tutte le specie, il che dee stare nello spirito del legislatore, giacchè non vedo perchè il sud-

Digitized by Google

Dunque la suddetta legge parla soltanto della riva o sponda *orizzontale*.

Ciò mi sembra provato dall' articolo 650 del Codice Napoleone per la riva *orizzontale* lungo la quale scorre un' acqua pubblica (navigabile o servibile al trasporto).

Per quell' articolo la suddetta riva è soggetta alla servitù dei marciapiedi o sentieri per pubblica o comunale utilità.

Ora la servitù essendo stabilita su un fondo altrui, ne viene che quella riva o sponda *orizzontale* sulla quale gravita la suddetta servitù a utilità pubblica o comunale, non è proprietà nè dello Stato nè del Comune.

Se infatti il fosse, non potrebbe su essa immaginarsi servitù perchè *res sua nemini servit.*

Dunque non può essere proprietà se non dei padroni dei terreni giacenti lungo il corso di quella pubblica acqua.

In quanto alle correnti d'acqua private, naturalmente fluenti (non navigabili nè servibili a trasporto) esse per l'articolo 644 del Codice Napoleone appartengono ai proprietarii dei fondi che costeggiano ed attraversano finchè gli costeggiano ed attraversano.

È dunque impossibile che ai proprietarii di quei fondi adiacenti non ispettino anche le suddette sponde o ripe *orizzontali*, se loro spettano l' acqua, l' alveo e le ripe o sponde *laterali* di esso.

Finalmente al proprietario del fondo a cui vantaggio viene estratta e condotta pel fondo altrui un' acqua pubblica o privata, non ispetta per l' articolo 52 della legge 20 aprile 1804 se non l' acquidotto, ossia l' alveo manufatto pel quale ha luogo la suddetta condotta, naturalmente colle sue ripe o sponde *laterali*.

Tutto il resto del terreno dunque altrui pel quale è condotta l' acqua compresa la sponda o ripa *orizzontale* non ispetta al proprietario dell' acquidotto.

Dunque questa sponda o ripa non può spettare che al proprietario del suddetto rimanente terreno.

13.° Se è vero poi il principio che nessuno per occupazione fatta di propria autorità possa acquistare diritto nè di estrarre nè di condurre a vantaggio del proprio fondo un'acqua nè pubblica, nè privata altrui, ne viene che non possa veramente parlarsi come fa il Cipolla nei §§ XLIII-XLV del presente Capo, nè dell' obbligo di uno che voglia estrarla e condurla, di non impedir l'altro che voglia fare e faccia la stessa cosa, nè di un diritto di prelazione fra essi.

Se non havvi diritto di uno, non posso immaginare verso esso, obbligo di un altro, e se ambedue non hanno diritto non posso immaginare preferenza fra essi nell'esercitarlo.

14.° A mio credere il diritto di estrarre acqua da corrente di essa, pubblica o privata altrui, è servitù di presa di quell' acqua, quando sia estratta a vantaggio del fondo di chi la deriva.

E il diritto di condurre l' acqua estratta a vantaggio di quel fondo, pel o nel fondo altrui è servitù di acquidotto.

Veggasi quanto ho detto nell' annotazione *a* n. 1 al presente Capo.

Senza prendere l' acqua non ha luogo condotta di essa pel fondo altrui: dunque la servitù della condotta è dipendente dall'altra servitù della estrazione.

Non sempre però quando vi abbia servitù di presa di un'acqua ad altri appartenente havvi eziandio servitù di condotta pel fondo di un terzo.

Sembrami che non vi abbia quella servitù di condotta nei seguenti casi:

Primo: quando da un' acqua corrente pubblica che sia immediatamente al confine di un mio fondo, io a vantaggio di esso abbia servitù di estrarne una quantità.

Secondo: quando da una sorgente ch' esista sul fondo altrui però immediatamente al confine di un mio fondo a quello, *laterale*, sorgente appartenente al proprietario di quel primo fondo, la cui acqua privata, secondo l'articolo 54 della legge 20 aprile 1804, discenda in un altrui fondo *inferiore* obbligato a riceverla, io abbia servitù di estrarne

Digitized by Google

In questi casi si tratterebbe di acqua altrui esistente immediatamente al confine del mio fondo, di acqua che a questo immediatamente passerebbe all' atto della estrazione, senza passare pel fondo di un terzo.

Dunque vi sarebbe bensì servitù di presa dell'acqua, ma non già servitù di condotta pel fondo di un terzo.

Non potrei però aderire alla opinione espressa dal Cipolla nel § XLVI del presente Capo, che su acqua corrente non perenne non vi possa essere servitù di estrazione e di condotta.

Acqua *perenne* è quella che scorre continuamente sicchè il fondo sul quale scorre non resti mai del tutto asciutto.

Acqua *temporanea* è quella nella quale il fondo sul quale scorre resta qualche volta affatto asciutto.

Ora o si vuole ritenere col Romagnosi che la perpetuità di una servitù consista nel passare per sempre la servitù stessa attivamente e passivamente o per atto tra vivi o per atto in causa di morte in tutti i possessori del fondo dominante e del serviente (Condotta delle acque tomo 2.° pagine 61-64) ed allora non vedo perchè non vi possa essere servitù in questo senso perpetua di presa e di condotta di un' acqua anche non perenne.

Allora vi sarà questa servitù perpetua in quanto ella passa per sempre in tutti i possessori di quei due fondi.

Soltanto l' esercizio ne sarà temporaneo, com' è temporanea l'acqua, vale a dire la servitù di estrazione e di condotta verrà esercitata quando il fondo sul quale scorre l' acqua sia coperto da essa, e non verrà esercitata, quando sia rimasto all' asciutto.

O si vuole col Pardessus considerare perpetua la servitù che fu costituita senza limitazione di tempo, e temporanea quella che fu limitata sino ad un tempo determinato od indeterminato e non più oltre (trattato delle servitù prediali § 5) come ho detto anch' io nell' annotazione *c* al Capo XXXVII del trattato I, e che non diversifica nella sostanza da quel che ha detto il Romagnosi, ed anche allora non veggo perchè non possa essere costituita servitù perpetua, vale a dire senza determinazione di tempo per la sua durata, anche per la estrazione e per la condotta di un' acqua non perenne.

Costituita così quella servitù su quell' acqua essa non cesserà di essere perpetua perchè non limitata a tempo, se anche l' acqua stessa non sia perenne.

Soltanto la servitù della estrazione e condotta sarà esercitata fino a che il fondo sul quale scorre l' acqua rimarrà coperto da essa.

Non verrà esercitata, ossia cesserà temporaneamente, ossia rimarrà interrotta fino a che quel fondo rimanga affatto asciutto.

Ripiglierà il di lei primo vigore quando il fondo stesso torni ad essere coperto in tutto od in parte dall' acqua.

Vi avrà cioè secondo ognuno di questi due casi cessazione temporanea ossia interruzione e ristabilimento della servitù, secondo quanto ho detto nell' annotazione *a* n.° I al Capo XXIV del primo Trattato e specialmente nel caso terzo di essa annotazione.

(*h*) Il Cipolla nei §§ XLVII-XCII del presente Capo tratta le quistioni in qual modo e come alcuno debba o possa usare della servitù dell' acquidotto.

Ed io riferendomi a quanto ho detto nell' annotazione *a* n. 1 al presente Capo domando in qual modo e come il proprietario del fondo dominante debba e possa usare per la legge italiana e per l' austriaca della servitù di condurre a vantaggio di quel fondo pel o nel fondo serviente l' acqua.

Credo, come ho detto nell' annotazione *a* al Capo XXIII del trattato I, che in questo riguardo possa stabilirsi come principio generale quanto appresso.

Pegli articoli 701, 702 del Codice Napoleone chi ha il diritto di quella servitù dee usarne secondo il proprio titolo in modo però da non rendere più onerosa la condizione

Digitized by Google

di ultima volontà, la sentenza del giudice che l' abbiano costituita, o secondo la prescrizione (usucapione) che l' abbia fatta acquistare, nonchè nel Regno lombardo-veneto secondo la legge che l' abbia stabilita.

In tutti questi casi poi secondo il suddetto § 484 la suddetta servitù non si dee estendere ma restringere per quanto il comporti la di lei indole ed il fine per cui fu stabilita, locchè corrisponde al non potere il proprietario del fondo dominante aggravare di troppo la condizione del fondo serviente.

Mi pare che applicando questo generale principio si possano risolvere tutte le quistioni speciali qui promosse dal Cipolla.

1.° Nel caso portato al § XLVII contemplato dalla legge romana *is qui duo ff. de servit. rust. praedior.*, mi pare che se chi possede due fondi confinanti, abbia venduto il superiore col patto che il compratore di questo possa per alveo già aperto condurre l'acqua da quel fondo superiore nell' inferiore, ei potrà condurvi l' acqua che conducevasi per quel solco dall' uno all' altro di quei due fondi prima della vendita di uno, quando appartenevano allo stesso proprietario.

Sicchè se allora non vi veniva condotta se non l' acqua propria del fondo superiore, questa sola potrà da esso venir condotta nell' inferiore, nè il compratore di quel fondo superiore potrà condurre in esso da un terzo fondo dell' acqua per conduria poi nel suddetto fondo inferiore.

2.° Nel caso del § XLVIII, chi ha diritto di condurre quella tale acqua e non altre, soltanto per animare un proprio mulino, non potrà mescolare a quell' acqua, un' acqua estranea nè potrà far servire l' acqua stessa se anco abbondante ad animare un secondo mulino, perchè nè alla prima nè alla seconda cosa si estende il suo diritto.

3.° Intorno al § XLIX osservo quanto appresso.

a) Sostituisco il seguente caso di quistione a quello portato da questo §.

Vi era quistione tra due terreni per la condotta di un' acqua pubblica.

Questi terreni appartenevano a diversi proprietarii perchè se avessero appartenuto ad un solo non vi potea essere quella quistione.

Proprietario di uno di quei terreni era il Principe del cui patrimonio privato facea parte, o lo Stato per essere quel terreno bene demaniale.

Fra quei due proprietarii in quella quistione nacque sentenza giudiziaria passata in giudicato.

Dopo, il Principe o lo Stato trasferirono in me la proprietà del loro terreno.

Sarò io obbligato a rispettare quella sentenza?

Mi sembra di sì perchè, ritenendo che si tratti di quistione di servitù di condotta di quell' acqua, quella servitù passa attivamente e passivamente in tutti i proprietarii dei fondi dominante e serviente: quindi passò anche in me qual proprietario di uno di quei fondi.

Mi sembra di sì anche perchè avendo io causa dal Principe o dallo Stato, la sentenza passata per essi in cosa giudicata lo è eziandio per me ed io deggio rispettarla.

Diversa poi sarebbe la cosa, se il Governo in ciò competente avesse accordato ad uno di quei terreni la estrazione di una quantità di acqua pubblica e se fosse nata la servitù legale di condurla per l' altro terreno secondo l' articolo 52 della legge italiana 20 aprile 1804: se inoltre il Governo stesso avesse per qualunque motivo legale fatto cessare la concessione della suddetta estrazione.

In questo caso non essendovi più concessione dell' acqua non vi è più nemmeno condotta di essa, e la sentenza giudiziaria su questa condotta non potrebbe avere contro nessuno più efficacia.

b) Non trovo almeno nel Regno lombardo veneto legge che stabilisca che il pubblico

Digitized by Google

O si tratta del danno causato colla condotta a quegli pel cui o nel cui fondo la si conduce, e quel danno mi pare inevitabile in quanto riguarda il terreno occupato dall'acquidotto.

In ogni caso quel danno viene compensato come prescrive l' articolo 52 della legge 20 aprile 1804.

Per quell' articolo poi anche ogni altro danno che colla condotta si recasse al suddetto fondo esser dee egualmente compensato.

E pel successivo articolo 53 l' acquidotto dee condursi per la parte del fondo altrui ove si rechi il minore possibile pregiudizio salva la comoda derivazione delle acque.

O si tratta invece del danno recato colla estrazione e colla conseguente condotta di un' acqua, ad altri che avessero eguale diritto di estrazione e di condotta, ed allora trattandosi di acqua pubblica provvedono gli articoli 3 e 4 del decreto italiano 20 maggio 1806 n. 36, che non vogliono da una concessione pregiudicati quegli altri aventi diritto, e le altrui competenze.

Se si tratta poi di un' acqua privata vale il principio adottato anche dal § 485 del Codice austriaco che un fondo può al tempo stesso servire a più persone solo quando con ciò non si rechi pregiudizio ai diritti anteriori del terzo.

O si tratta finalmente di danno causato colla condotta dell' acqua a persone diverse da quelle da me contemplate nei precedenti due casi ed allora esso dovrà essere compensato da chi lo reca, quando lo rechi esercitando il proprio diritto oltre ai giusti limiti e con colpa, perchè recandolo coll' esercizio di quel diritto entro quei limiti o senza colpa non è per legge risponsabile.

e) Ho detto ai n. 9 e 10 dell' antecedente annotazione *g* che dee essere scelto il sito pel quale debba condursi nel o pel fondo altrui l' acqua e che fatta tale scelta il proprietario del fondo dominante non può più recedere da essa.

Da ciò ne viene che l' acqua esser dee condotta pel sito stabilito e solito.

Dee esserlo poi dal proprietario del fondo dominante nel modo fissato dal suo titolo o dal possesso tanto pel § 484 del Codice austriaco quanto per l' articolo 702 del Codice Napoleone.

4.° Sul § L del presente Capo osservo quanto appresso.

a) L' incomodo che reca il conducente l' acqua al proprietario del fondo nel quale o pel quale vien condotta esser dee il minore possibile per le suddette disposizioni del Codice Napoleone ed austriaco.

S' egli poi esercita il diritto di condotta nei giusti limiti e ne viene incomodo ad altri, non vedrei che questi potessero lagnarsene, s' egli non è risponsabile verso essi nemmeno se in tal caso loro recasse danno.

b) Pel caso in cui l' acqua abbia mutato letto, vedasi quanto ho detto al n. 10 dell' annotazione *g* al presente Capo.

c) Sul mutamento del sito della condotta dell' acqua, veggasi ciò che dissi ai n. 9 e 10 di quell' annotazione.

5.° Sulle quistioni trattate dal Cipolla ai §§ LI-LVIII del Capo presente troverei di fare le seguenti osservazioni in base alle leggi vigenti nel nostro Regno.

Se nel mio fondo sorge un fonte, io ne sono proprietario.

In regola posso usarne ad arbitrio, anche quando la di lui acqua discendesse naturalmente nei fondi inferiori al mio, spettanti ad altri proprietarii.

È vero che in questo caso i proprietarii dei fondi inferiori nei quali discende hanno per l' articolo 54 della legge 20 aprile 1804 l' obbligo di tollerarne la discesa.

Ma in regola quel loro obbligo di soffrirne non diventa per me obbligo di permet-

Digitized by Google

di esigere la discesa dell' acqua nei loro fondi, io, esercitando il mio diritto di divertirla, lo esercito nei giusti limiti e non sono risponsabile del nocumento che ad essi può derivarne.

In via di eccezione poi, non potrei divertirla dai fondi inferiori, quando o per titolo o per possesso i proprietarii di essi avessero contro me acquistato il diritto di farvela discendere e di approfittarne dopo discesa.

E quel loro diritto sarebbe di servitù quando o per titolo o per possesso io dovessi a vantaggio dei loro fondi tollerare che la mia acqua vi discendesse, tollerare che di essa approfittino, ed astenermi dal deviarla dai fondi stessi.

Il loro possesso perchè potesse far acquistare ai medesimi quel diritto di servitù dovrebbe poi avere anche in quanto al tempo tutte le condizioni per acquistare per usucapione il diritto della servitù in genere, che secondo il Codice austriaco ho esposto nelle annotazioni *c* al Capo XIX ed *a* al Capo XX del trattato I.

E un atto di possesso che loro farebbe acquistare per usucapione il suddetto diritto di servitù, se continuato da essi per tutto il tempo bastante ad indurre quella usucapione, e se da me non impedito ed invece tollerato, sarebbe quello dei lavori e delle spese da essi fatti per far discendere dal mio fondo superiore l'acqua nei loro fondi inferiori e per approfittarne.

Veggansi a questo proposito i casi portati al n. 14 e 23 della raccolta dei giudicati in materia di servitù compresa nella Sezione II dell' Eco dei Tribunali del 25 luglio 1854 ai n. 184-187.

Allorchè poi un' acqua discende dal mio fondo superiore nei fondi inferiori ed i proprietarii di questi ne approfittino, vi sarà in me obbligo di servitù quando esista titolo che mi obblighi a tollerare quella discesa o quell'uso a vantaggio di questi ultimi fondi, o quando per tutto il tempo della usucapione i proprietarii di essi abbiano esercitato il possesso di farla discendere e di approfittarne, facendo pretensione al possesso stesso come di un loro diritto, ed io abbia tollerato e non mi sia opposto a quel possesso appoggiato a quella pretensione.

Ma quando senza ch' esistano queste condizioni io non ho fatto altro che semplicemente lasciare che l' acqua vi discenda e ch' essi ne approfittino, senza che nulla vi abbia di più, quel mio lasciare non mi sembra altro che un atto di mia mera facoltà, che per nulla mi obbliga e che posso far cessare quando mi piaccia.

6.° Al § LIX il Cipolla parla del tempo per prescrivere la servitù della condotta dell' acqua per luogo privato ovvero per pubblico luogo.

In quanto al luogo privato, veggasi quanto ho detto circa quel tempo nell' annotazione *c* al Capo XIX del trattato I.

In quanto al luogo pubblico, e qui mi pare che il Cipolla intenda il luogo destinato ad uso del pubblico come p. e. una piazza, una strada pubblica, osservo quanto appresso.

Senza permesso della pubblica autorità nessuno può condurre acqua per quel pubblico luogo.

Essa non permetterà mai di condurvela se non in modo che non offenda i pubblici riguardi: quindi ne assoggetterà la condotta alle necessarie condizioni e limitazioni, salvo poi il diritto di farla cessare quando quei riguardi non ne permettessero più la continuazione.

Quel permesso sarebbe dunque il primo modo di acquistare la suddetta servitù di condotta pel pubblico luogo di un' acqua.

Ma non credo che possa essere escluso il secondo modo di acquisizione che sarebbe quello per usucapione.

Quando da tempo immemorabile, e forse anche da 30 anni secondo il Codice Napoleone e da 40 secondo il Codice austriaco, io l'avessi per quel luogo condotta, parmi come ho detto per la estrazione di un' acqua pubblica al n. 2 lett. *a aa* dell' annotazione *d* al Capo presente, che quel possesso indurrebbe a mio favore la prescrizione acquisitiva del diritto di condurvela, giacchè il possesso stesso lascierebbe presumere la esistenza del permesso della pubblica autorità.

Non ostandovi per nulla i riguardi pubblici non vedrei perchè la pubblica autorità rispettar non dovesse quel mio possesso.

Bene inteso che se vi ostassero quei riguardi, la mia condotta di acqua potrebb' essere soppressa, ovvero regolata in modo da non offenderli quando fosse possibile.

Digitized by Google

7.° La quistione promossa dal Cipolla al § LX potrebbe, secondo le leggi ora tra noi in vigore, decidersi così.

Sia che per l' articolo 54 della legge 20 aprile 1804 il proprietario del fondo inferiore non possa ricusare di dar esito alle sole acque che vi discendano naturalmente dal fondo superiore: sia invece che non possa ricusare di dar esito anche a quelle che vi discendessero per effetto di opere artifiziali fatte nel suddetto fondo superiore per condurre in questo e per trattenervi quelle acque, come per docce, canali di legno, o chiaviche, che essendo mal chiuse ne lasciassero stillare qualche parte nel fondo inferiore; anche nel secondo di quei due casi, quest' ultimo fondo in regola ha obbligo e non diritto di ricevere le acque stesse superiori.

Non avendo esso fondo in regola diritto di riceverle nè avendo il proprietario del fondo superiore obbligo di farvele discendere, se lascia che vi discendano fa atto di mera facoltà che è in suo arbitrio di fare ad ogni momento cessare.

Quindi in regola può impedire che vi discendano, anche se ciò recasse nocumento al fondo inferiore, che approfittando di quell' atto non di obbligo, ma di semplice facoltà del proprietario del fondo superiore, le avesse adoperate a proprio vantaggio.

E può impedire che vi discendano con qualunque opera fatta nel proprio fondo superiore, senza che il proprietario del fondo inferiore possa impedirgli di farla.

E quest' ultimo non può impedirgli di farla, nemmeno nel caso, in cui l' acqua non nascesse naturalmente nel fondo superiore, ma invece vi venisse condotta estraendola da corrente altrui, o derivandola da terreno pure altrui, e nel caso in cui l' opera fatta dal proprietario di quel fondo superiore, sul proprio, onde deviarla dal fondo inferiore, fosse di tale natura da potere il proprietario della corrente da cui l'acqua stessa viene estratta, o del terreno da cui vien derivata, impedirgliela.

In questo caso il diritto d' impedire quell' opera spetterebbe bensì al proprietario della corrente o del terreno da cui l' acqua viene estratta o derivata, perchè fra questo ed il proprietario del fondo superiore esisterebbe relazione di diritto.

Ma non vedo come potesse impedirgliela invece il proprietario del fondo inferiore, che con quello del fondo superiore non istà in nessuna relazione di diritto, perchè se l' acqua discende nel primo di quei fondi e se esso ne approfitta, vi discende per atto di mera facoltà del proprietario del secondo dei fondi stessi e non già per obbligo esistente in questo di tollerare che vi discenda e che il fondo inferiore ne approfitti.

In via di eccezione poi, nel caso del quale a questo numero mi occupo, se il proprietario del fondo inferiore avesse acquistato o per titolo o per possesso diritto di volere che discenda in quel fondo l' acqua stillante dalle docce, canali di legno, o chiaviche mal chiuse esistenti nel fondo superiore e di approfittarne, quello che senza ciò sarebbe stato atto di mera facoltà nel proprietario di quest' ultimo fondo, è invece divenuto di lui obbligo.

In forza di quest' obbligo poi tollerar dee che la suddetta acqua discenda nel fondo inferiore e che questo ne approfitti.

Del resto anche intorno a tale quistione mi riferisco a quanto ho detto nella precedente annotazione n. 5 alla presente lettera.

8.° Il Cipolla nei §§ LXI-LXIII del Capo presente domanda quando chi ha diritto di condurre acqua pel fondo altrui possa o non possa, avendola prima condotta con un dato mezzo materiale (acquidotto), cangiarlo in altro mezzo.

Ed io rispondo.

O è stato fra le parti stabilito che venga condotta con un dato mezzo materiale soltanto, ed allora parmi che ogni altro mezzo debba essere escluso.

O ciò non è stato stabilito per titolo, ma invece per possesso inducente pel proprietario del fondo dominante usucapione, questo proprietario ha acquistato il diritto di condurla con un dato mezzo materiale da lui sempre adoperato escluso ogni altro, ed anche qui mi pare che servirsi non possa di altro mezzo.

O ciò non è stato stabilito, nè per quel titolo nè per quel possesso, ed allora parmi che il mezzo materiale della condotta dell' acqua possa bensì essere mutato ma in modo, che mentre viene promossa quella comoda condotta, non venga però recato aggravio maggiore al fondo serviente.

Veggasi del resto quanto ho detto a principio delle presenti annotazioni alla lett. *h*.

9.° Veduto sempre l' articolo 54 della legge 20 aprile 1804 parmi che presso di noi

Digitized by Google

possa risponderai quanto appresso a ciò che osserva il Cipolla ai §§ LXIII-LXV del presente Capo.

Se l' acqua nata nel fondo di Tizio scorre naturalmente in quello di Sempronio, ciò vuol dire che il primo fondo è superiore ed il secondo inferiore.

E se la stessa acqua continua naturalmente a scorrere dal fondo di Sempronio a quello di Caio anche qui vuol dire che il primo fondo in riguardo al secondo è superiore e che il secondo fondo in riguardo al primo è inferiore.

Ora è certo che come il fondo inferiore di Sempronio è per legge obbligato a ricevere l' acqua del fondo superiore di Tizio, così il fondo inferiore di Caio è obbligato a ricevere l' acqua del fondo superiore di Sempronio.

Ma questo obbligo di Caio non si converte relativamente a Sempronio in diritto di poter esigere, che questi tollerar debba la discesa dal proprio fondo dell' acqua nel fondo inferiore di esso Caio, se non quando tale diritto sia stato stabilito fra essi per titolo o per possesso inducente usucapione, vale a dire in quest' ultimo caso quando Caio avesse voluto che vi discendesse per diritto, avesse impedito Sempronio dal divertirla, e Sempronio si fosse acquietato per tutto il tempo dalla legge stabilito a quella volontà ed a quell' impedimento.

Ora stabilito così per titolo o per possesso il diritto di Caio di voler che l' acqua dal fondo di Sempronio discenda nel proprio fondo, Sempronio non potrebbe divertirnela.

Non stabilito invece nè per titolo nè per possesso in quel modo il suddetto diritto di Caio, Sempronio può divertire dal fondo del primo l' acqua, perchè se prima l'ha lasciata scorrere lo ha fatto per mero atto di sua facoltà che può far cessare quando gli piaccia.

Ma qui mi verrà opposto.

Se la suddetta acqua appartiene a Tizio nel cui fondo nasce, come Sempronio e Caio potranno fra essi stabilire per titolo, che il primo di essi abbia obbligo di lasciarla discendere dal proprio fondo in quello del secondo?

Come potrà parlarsi di usucapione fra essi del diritto in Caio di farvela discendere nel proprio fondo?

Rispondo.

a) O l' obbligo che avea Sempronio di tollerare nel proprio fondo la discesa dell' acqua dal fondo superiore di Tizio, si è cambiato o per titolo o per possesso, in diritto di volere che discenda nel suddetto di lui fondo inferiore, ed allora non vedo perchè nello stesso modo, per titolo o per possesso, anche l' obbligo di Cajo di tollerare nel proprio fondo la discesa dal fondo superiore di Sempronio non possa cangiarsi in diritto di volere che vi discenda quell' acqua.

Qui non trattasi veramente di vedere, chi sia proprietario dell' acqua stessa.

Trattasi soltanto di vedere se avendo Cajo per legge obbligo di ricevere nel proprio fondo inferiore l' acqua che naturalmente discende dal fondo superiore di Sempronio, quello possa acquistare in confronto a questo il diritto, ch' essa non venga dal proprio fondo deviata, e questo possa avere l' obbligo corrispondente di non deviarla dal fondo di quello.

Ora se ciò può succedere tra Tizio e Sempronio che trovansi fra loro nelle medesime relazioni di diritto, non vedo che non possa succedere anche tra Sempronio e Cajo.

Si dirà finalmente che non potendo Sempronio per quanto ho osservato al n.° 3 dell' annotazione *c* al presente Capo, disporre a favore di Cajo dell' acqua di Tizio, pervenuta nel fondo di esso Sempronio, questo non possa assumersi l' obbligo di non deviarla dal fondo di Cajo, perchè assumendosi quell' obbligo ne disporrebbe.

Se ciò si dicesse risponderei aver io in quel sito opinato, che l' acqua di Tizio *condotta* nel fondo di Sempronio non possa da questo essere disposta a favore di terzi.

Ma qui non trattasi di acqua *condotta* bensì di acqua *naturalmente decorrente* dal fondo [illegible] superiore, cioè il confronto non regge.

Digitized by Google

re la disposizione fatta dalla legge cangiando l'obbligo di Cajo di ricevere l'acqua stessa, in diritto in quest' ultimo di riceverla, e cangiando in obbligo la facoltà di Sempronio di non deviarla dal fondo di Cajo.

b) O Sempronio poi non si è in nessun modo obbligato per titolo a lasciar discendere ed a non deviare l' acqua pervenuta nel di lui fondo da quello di Tizio, a vantaggio di quello di Cajo, nè il corrispondente diritto è stato acquistato da Cajo in confronto di lui nemmeno per usucapione, allora come Tizio lasciando scorrere per atto di mera facoltà nel fondo inferiore di Sempronio quell' acqua può ad ogni momento impedirne la discesa e deviarnela, lo stesso può fare, essendo eguali le relazioni di diritto, anche Sempronio in confronto di Cajo.

c) Nel caso poi in cui Tizio fosse in diritto di divertire l' acqua dal fondo di Sempronio, qualunque obbligo di questo di lasciare discendere e di non divertire l' acqua stessa dal fondo di Cajo non potrebbe essere più soddisfatto.

d) Essendo l' obbligo che il fondo inferiore debba dar esito alle acque che discendono dal fondo superiore stabilito dalla stessa legge, ne viene che se l'acqua non discendeva dal secondo nel primo fondo, allorchè entrambi appartenevano ad un solo proprietario, e se discende dopo che questo dispose di uno di essi fondi a favore di un terzo, dal momento della discesa, nasce l' obbligo del fondo inferiore di tollerarla.

E s' essa discendeva dal fondo superiore all'inferiore quando ambedue spettavano ad uno stesso preprietario, continua per obbligo imposto dalla legge a discendervi anche dopo pervenuti quei fondi in due proprietarii diversi.

Che se poi, quando i suddetti due fondi appartenevano allo stesso proprietario, questo facendo uso del proprio diritto di proprietà impediva che l' acqua dal fondo superiore discendesse nell' inferiore e da questo la deviava, io credo che passato quel fondo inferiore in proprietario diverso da quello del superiore, e continuando quell' impedimento e quel deviamento il nuovo proprietario inferiore, se non avesse acquistato in modo legale diritto di voler che l' acqua discenda nel proprio fondo e non vi venga deviata, non potesse pretenderlo.

Ciò credo per avere per legge quel proprietario inferiore obbligo e non diritto di ricevere nel proprio fondo l' acqua che potesse discendervi dal fondo superiore, e volendo avere quel diritto gli sarebbe d' uopo acquistarlo.

10.° Le quistioni intorno all' acqua sotterranea agitate dal Cipolla ai §§ LXVI e LXVII del presente Capo parmi che per le nostre leggi potrebbero essere risolte nel seguente modo.

Premetto sembrarmi che l' articolo 54 della legge 20 aprile 1804 che obbliga il fondo inferiore a dar esito alle acque superiori, contempli le acque che scorrono sopra, e non sotto terra.

Quell' articolo dunque non potrebbe servire a sciogliere le suddette quistioni.

Ciò premesso osservo quanto appresso.

O l' acqua sotterranea nascente nel fondo superiore, e in esso scorrente, scorre o non iscorre naturalmente nel fondo inferiore.

a) Se vi scorre, essa finchè vi scorre è del proprietario di quel fondo.

Dunque può scavare nel proprio fondo per approfittarne.

E se così facendo toglie anche del tutto al fondo superiore di usarne, parmi ch'esercitando il proprio diritto nei giusti limiti non sia responsabile.

Non potrebbe però scavare quando il proprietario del fondo superiore avesse acquistato diritto d' impedirglielo.

Veggasi quanto ho detto in riguardo al pozzo nell' annotazione *d* al Capo XLVII del Trattato I.

Per la stessa ragione poi che quell' acqua sotterranea fino a che scorre pel fondo inferiore appartiene al proprietario di questo, sicchè egli può scavare in quel suo fondo per approfittarne, anche il proprietario del fondo superiore nel quale nasce e scorre l'ac-

Digitized by Google

Non avendone diritto non crederei che scavar potesse nel proprio fondo coll'intendimento o di far iscorrere in esso l'acqua o di approfittarne anche privandone del tutto il fondo superiore.

11.° Sul § LXVIII osservo che quando per titolo o per possesso sia stato stabilito che debba essere condotta quella tale acqua e non un'acqua estranea ad essa, quella tale acqua soltanto potrà essere condotta ed altra estranea non ne potrà essere mescolata.

Osservo eziandio che in nessun caso anche se fosse premesso il mescolamento d'acqua estranea, l'acqua stessa potrebb'essere alterata in guisa che ne venisse danno al fondo serviente.

Fuori di questi casi non vedrei perchè chi ha diritto di condurre acqua, non potesse a quella che condusse, mescolarne altra, in modo innocuo al suddetto fondo serviente.

12.° La quistione trattata dal Cipolla ai §§ LXIX e LXX del presente Capo mi pare decisa per noi dagli articoli 52 e 53 della legge 20 aprile 1804.

Per essi chi intende derivar acque per l'agricoltura o per la industria può condurle pel fondo altrui pagando il valore del terreno occupato dall'acquidotto obbligandosi a mantenere l'acquidotto stesso, le sponde, gli edifizii ecc. ed indennizzando il possessore di ogni danno che può derivare al fondo stesso. L'acquidotto poi esser dee condotto per quella parte del fondo ove a giudizio di periti venga recato il minor danno possibile e al proprietario o possessore di esso, salva la comoda derivazione delle acque.

Ora è, o non è possibile condurre l'acqua pel fondo altrui senza toccare la fontana o le vene dell'acqua altrui e senza che questa si mescoli coll'acqua condotta?

Se è possibile farlo, lo si farà perchè al fondo altrui esser dee recato il minore pregiudizio possibile, ed in questo caso l'acqua altrui non si mescolerà coll'acqua condotta.

Se non è possibile farlo l'acqua altrui si mescolerà coll'acqua condotta, ma il proprietario del fondo serviente verrà indennizzato pel pregiudizio che potesse venirgli da quel mescolamento.

13.° Sul § LXXI del presente Capo del Cipolla osservo quanto appresso.

Se l'acqua che dal fondo superiore discende nell'inferiore potesse per la sua grande abbondanza inondare quest'ultimo fondo, il proprietario del primo fondo tollerar dee che in esso venga trattenuta e vi rimanga, quando per titolo o per possesso inducente usucapione e prescrizione il proprietario del secondo fondo abbia acquistato diritto di obbligarlo a ciò.

Fuori di questo caso, va bene che per l'art. 54 della legge 20 aprile 1804 il proprietario del fondo inferiore tollerar debba che vi discendano le acque superiori.

Ma che questa tolleranza estendersi debba fino al caso in cui le acque superiori inondino e quindi rovinino il fondo inferiore, non posso crederlo.

La tolleranza stessa potrà estendersi bensì ai casi ordinarii e naturali della discesa dell'acqua, ma non ai casi d'inondazione che non istanno nell'ordine naturale ed ordinario delle cose.

Quindi penso anch'io che in questi casi d'inondazione il proprietario del fondo inferiore adoperar possa ogni mezzo onde salvarsi da essa ed anche quello d'impedire la discesa delle acque superiori nel proprio fondo, però momentaneamente e ritenuto che passato il pericolo, debba rimettere ogni cosa nello stato primitivo.

Così ritengono ed il Romagnosi, Condotta delle acque Tomo 1.° pag. 107 ed il Pardessus trattato delle servitù pag. 76 in nota.

14.° Intorno ai §§ LXXII-LXXIV del presente Capo osservo:

a) Se il proprietario del fondo superiore o per titolo o per possesso come ho detto nell'antecedente numero è obbligato a tollerare che nel suo fondo rimanga l'acqua che in regola avrebbe dovuto discendere nel fondo inferiore, tutte le opere e spese per trattenervela spettano pure in regola al proprietario di quest'ultimo fondo che ha il diritto relativo, e gli spettano per quanto ho detto nell'annotazione *c* al Capo XXIII del Trattato I.

Le eccezioni a quella regola le ho indicate nella suddetta annotazione.

b) Quando poi il proprietario del fondo inferiore ricusar non possa di dar esito alle acque superiori, allora ogni lavoro e spesa a ciò occorrente, in regola spetta al proprietario del fondo superiore che ha il diritto di farle discendere nell'inferiore.

Anche qui le eccezioni a tal regola ponno vedersi nella suddetta annotazione *c*.

In quanto al limite delle opere di difesa che in quest'ultimo caso incombono al pro-

Digitized by Google

prietario del fondo superiore, veggasi quanto ho scritto nell' annotazione *d* n. 5 al presente Capo.

La regola che dovendo il proprietario del fondo superiore tollerare, che le acque, anzichè discendere nel fondo inferiore, rimangano nel suo proprio fondo, le opere e le spese per farvele rimanere sieno a carico del proprietario del fondo inferiore, dipende dal principio che quel primo proprietario, come dice il Cipolla, è per legge obbligato non a fare ma soltanto a soffrire.

Dallo stesso principio dipende anche la regola che le opere e spese perchè l' acqua dal fondo superiore discenda nell' inferiore, sono a carico del proprietario di quel primo fondo, giacchè il proprietario del secondo altro non dee se non tollerare che l' acqua in esso discenda.

— 15.° Sulle quistioni portate dal Cipolla al § LXXV notar deggio che nel nostro Regno non hannovi altre servitù legali circa alle acque che quella dell' art. 54 della legge 20 aprile 1804 sull' obbligo dei fondi inferiori di dar esito alle acque superiori e quella degli articoli 52 e 53 della stessa legge sul diritto di chi vuol condurre pel fondo altrui acque pubbliche o private derivate per oggetti d' agricoltura e d' industria.

Ho dichiarato legale anche la prima di queste due servitù perchè imposta direttamente da una legge, sebbene derivi dalla situazione naturale dei luoghi.

Fuori di questi due casi in cui la stessa legge accorda la introduzione di un' acqua nell' altrui fondo, chi vuol cacciarla in esso non può farlo se non ne ha acquistato diritto o per titolo o per possesso inducente usucapione.

Il proprietario poi del fondo nel quale viene cacciata da chi non ha acquistato quel diritto può opporvisi.

Nei casi degli articoli 52, 53 e 54 della legge 20 aprile 1804 è interesse del fondo dominante di rendere più che sia possibile minore il danno del fondo serviente obbligato per legge a ricevere l' acqua.

Infatti s' è obbligo del fondo dominante di riparare ogni danno che l' acqua recasse al fondo serviente, quanto minore è il danno, tanto minore è il risarcimento.

Dee essere poi recato il minor danno possibile al fondo serviente anche quando il fondo dominante abbia per titolo o per possesso diritto di condurre in quel primo fondo l' acqua.

Infatti tanto per l' art. 702 del Codice Napoleone quanto pel § 484 del Codice austriaco, esercitandosi il proprio diritto le servitù si deggiono restringere e non estendere e non dee essere resa più onerosa la condizione del fondo serviente.

Se dunque chi in qualunque modo ha diritto di far discendere, di condurre, di cacciar l' acqua nel fondo altrui lo fa con manufatti in modo da aggravare senza necessità la condizione del fondo serviente, può dal proprietario di questo esserne impedito.

16.° Il suddetto principio che al fondo serviente dee essere recato il minor danno possibile, esser dee applicato anche quando, come dice il Cipolla al § LXXVI del Capo presente, la concessione di divertire l' acqua dal fondo dominante nel fondo serviente, non faccia cenno di danno ovvero esprima che l' acqua debba essere divertita se anche nuoccia a quel secondo fondo.

E quando si dice che dee essere recato il minor danno possibile parmi che s' intenda che al fondo serviente non venga recato pregiudizio che non sia indispensabile per farvi discendere, per condurvi o per cacciarvi l' acqua.

17.° *a*) Se l' art. 54 della legge 20 aprile 1804 prescrisse pel nostro Regno che i fondi inferiori non possano ricusare di dar esito alle *sole* acque che in essi *naturalmente*,

Digitized by Google

Terza quistione. Se l' acqua non iscorreva nè cadeva direttamente nel tuo fondo, ma in un terzo fondo, e da questo discendeva nel tuo, allora:

O il terzo fondo è superiore ed il tuo inferiore e l' acqua dal primo al secondo discende naturalmente, il tuo fondo inferiore è obbligato a darle esito.

Non però se vi discendesse artifizialmente, quando il suddetto fondo superiore non avesse per titolo o per possesso acquistato diritto di farvela discendere.

O invece fra il terzo fondo ed il tuo non passa il rapporto di fondo superiore ed inferiore, ed allora il tuo fondo non è obbligato a ricevere l' acqua dal suddetto terzo fondo in nessun modo, nemmeno artifiziale, quando per titolo o per possesso il proprietario di quel terzo fondo non abbia diritto di fartela ricevere.

Ma tu per non ricevere l' acqua nel tuo fondo, costruisci un' opera che la manda nel mio. Puoi tu farlo?

Se non ne hai acquistato diritto per titolo o per possesso io dico di no, nemmeno se il tuo fondo fosse più elevato ed il mio inferiore, e questo fosse quindi per legge tenuto a ricevere l' acqua che naturalmente discenda da quello, perchè parto dalla supposizione che l' art. 54 della legge 20 aprile 1804 abbia stabilito la servitù del fondo inferiore di ricevere l' acqua che discende dal fondo più elevato soltanto *naturalmente* e non artifizialmente.

Quarta quistione. Se il fondo superiore tiene per obbligo di servitù verso l' inferiore una fossa naturale od artifiziale ad oggetto d' impedire all' acqua di discendere in questo ultimo fondo, e questa per essere rotta la fossa o per esserne distrutti gli argini vi discende, il proprietario del fondo inferiore ha diritto d' impedirne la discesa.

A quale dei due proprietarii in questo caso tocchi rimettere la fossa e gli argini perchè l' acqua venga trattenuta nel fondo superiore, lo si potrà desumere da quanto ho accennato nell' anteriore n. 14 lett. *a* delle presenti annotazioni.

Invece se il fondo superiore non fosse obbligato per diritto di servitù acquistata dall' inferiore a trattenersi mediante quella fossa l' acqua, parmi che tenendo esso la fossa stessa per atto di mera facoltà del suo proprietario, quando fosse distrutta la fossa o ne fossero rotti gli argini e quindi l' acqua non più trattenuta scorresse nel fondo inferiore, vi scorrerebbe naturalmente, ed il proprietario di quest' ultimo fondo sarebbe obbligato a darvi esito per l' art. 54 della legge 20 aprile 1804.

Parmi che in questo caso il proprietario del fondo inferiore non potrebbe obbligare quello del fondo superiore a rimettere fossa ed argini perchè in questo ultimo fondo l' acqua continui ad essere trattenuta.

Quello soltanto che potrebbe pretendere si è che salvo il diritto del fondo superiore di farvela discendere, la discesa avesse luogo col minore possibile danno del fondo inferiore, pel principio da me più volte spiegato, che la servitù si dee restringere piuttosto ch' estendere e che non dee essere resa più onerosa la condizione del fondo serviente.

A quale dei due proprietarii di quei due fondi tocchi poi la spesa delle opere necessarie perchè l' acqua discenda in generale, è discenda in particolare col minore possibile danno del fondo serviente, lo si potrà egualmente desumere da quanto ho accennato nell' anteriore n. 14 lett. *b* delle presenti annotazioni.

b) Le suddette quattro quistioni dovrebbero poi a mio avviso essere sciolte nel seguente modo, quando valesse per seconda ipotesi la opinione del Romagnosi da me accennata alla lett. *c* n. 2 dell' annotazione *d* al presente Capo, che cioè per l' art. 54 della legge italiana 20 aprile 1804 i terreni inferiori non possono ricusare di dar esito alle acque superiori non solo quando scorrano in essi *naturalmente*, ma anche quando vi scorrano *artifizialmente*, cioè per opera della mano dell'uomo.

Prima quistione. Il fondo inferiore in forza di quell'articolo, e senz' altro, sarebbe obbligato a ricevere l' acqua superiore che mediante manufatto vi discendesse.

Digitized by Google

Se il tuo fondo poi è elevato ed il mio inferiore tu per non ricevere l' acqua in quel tuo fondo, puoi costruire un' opera che la faccia discendere nel mio, perchè parto dalla seconda ipotesi che per l' art. 54 della legge 20 aprile 1804, i fondi inferiori debbano ricevere l' acqua che vi discende dai più elevati anche se vi discenda artifizialmente.

Quarta quistione. Se il fondo superiore ha, per obbligo di servitù verso l'inferiore, una fossa artifiziale onde impedire all' acqua di discendere in quest'ultimo fondo e questa, per essere rotta la fossa o distrutti gli argini vi discende, vale in questo caso quanto ho detto nella quistione quarta della prima ipotesi.

Se invece il fondo superiore non ha obbligo di servitù verso l' inferiore di trattenersi mediante quella fossa artifiziale l' acqua; tenendo esso la fossa per atto di sua mera facoltà, distrutta la fossa e rotti gli argini, e scorrendo l' acqua non più trattenuta, nel fondo inferiore, anche se si potesse dire che invece di scorrere naturalmente, scorresse artifizialmente, il proprietario di quest' ultimo fondo sarebbe obbligato a darvi esito pel suddetto art. 54, il quale nella seconda ipotesi obbligherebbe i fondi inferiori a ricevere l' acqua dei più elevati anche quando vi discendesse artifizialmente, cioè per opera della mano dell' uomo.

Pel rimanente vale in questo caso quanto ho detto nella quarta quistione della prima ipotesi.

18.° Sul § LXXVIII del presente Capo del Cipolla osservo quanto segue.

Nel caso che le acque discendenti dal fondo superiore per la loro grande abbondanza inondino il fondo inferiore, vale quanto ho detto al precedente n. 13 delle mie annotazioni alla presente lettera.

Per quanto ivi ho detto mi sembra, che se il proprietario del fondo inferiore per salvarlo da quella inondazione ha costruito nel rivo o nella fossa o negli argini del fondo superiore *coronelle*, cessato il bisogno non solo possa ma anzi debba torle via, e rimettere le cose nello stato primiero, quando non avesse acquistato diritto di conservarle.

19.° Mi permetto ora alcune osservazioni sulle cose principali dette dal Cipolla ai §§ LXXIX-LXXXIV del presente Capo.

a) Quando non vi abbia fondo più elevato di un proprietario e fondo inferiore di un altro non mi sembra applicabile l' art. 54 della legge 20 aprile 1804.

Quando come dice il Cipolla quei due fondi sieno piani, vale a dire allo stesso livello sembranmi invece applicabili gli articoli 52, 53 di essa legge.

Per questi articoli chi vuol condurre pel fondo altrui acque pubbliche e private legittimamente possedute per oggetti di agricoltura o per attivazione di macchine o di opifizii idraulici ha diritto di farlo, alle condizioni ivi spiegate.

Quel diritto glielo dà la stessa legge.

Dunque non è necessario che lo acquisti, sia per titoli, sia per usucapione.

Può chiedersi però se possa perderlo per prescrizione.

A me sembra veramente di sì, quando come dice anche il § 1459 del Codice austriaco, il proprietario del fondo pel quale veniva condotta una di quelle acque, avesse impedito o proibito al proprietario dell'altro fondo, che per legge avea il diritto di condurla, di esercitare questo suo diritto, e quest' ultimo proprietario per tutto il tempo della prescrizione si fosse acquietato alla proibizione od all' impedimento, nulla operando per condurvela.

Potrebbe infatti il proprietario del fondo dominante rinunciare espressamente a quel suo diritto di condotta e per tal modo perderlo?

A me sembra di sì.

Dunque per la stessa ragione può rinunciarvi tacitamente, acquietandosi come ho detto di sopra alla proibizione od all' impedimento di esercitare il diritto stesso, e può così perderlo per prescrizione.

Nè si dica non poter andar perduto, perchè la legge lo ha accordato a vantaggio

Digitized by Google

altrui un' acqua destinata soltanto ad oggetti di piacere o di lusso ovvero ad usi domestici non implicanti veruna industria.

A me sembra di no, perchè si andrebbe, ammettendo il sì, contro la intenzione della legge che volle presso di noi favorire la industria e l' agricoltura e non altro, e quindi quel diritto esser dee acquistato per titoli o per usucapione.

Merita finalmente riflesso il modo nel quale l' art. 622 del Codice Sardo ha spiegato la parola *fondo* adoperata dai suddetti articoli della nostra legge del 1804.

In quella parola non sono comprese le case, i cortili, le aie, i giardini ad esse case attinenti.

b) L' acqua ch' è solita a scorrere nel fondo del vicino per più rigagnoli potrà trasmettersi per un solo rivo o canale quando secondo il § 484 del Codice austriaco e l' art. 702 del Codice Napoleone non ne venga aggravata di più la condizione del fondo serviente.

c) Se l' acqua fu conceduta o posseduta per irrigare esclusivamente un orto, non potrà servire ad irrigare un prato sostituito all' orto.

Potrà servire ad irrigare il prato, se non destinata per titolo o per possesso esclusivamente ad un orto.

d) Se l' acqua che irrighi il mio campo discende nel fondo vicino secondo l' art. 54 della legge 20 aprile 1804, io dovrò per quell' articolo compensarne il proprietario del danno che le arreca, a meno che all' estremità del mio terreno io non iscavi un fosso per raccoglierla sul mio fondo onde non penetri nel fondo altrui.

Parlo sempre di danno previsibile e prevenibile.

Pei danni straordinarii nè previsibili nè prevenibili parmi applicabile quanto ho detto in fine dell' annotazione *d* n. 5 al presente Capo.

e) Fuori dei casi degli articoli 52, 53 e 54 della legge 20 aprile 1804 nessuno ha diritto di lasciar passare o condurre l' acqua dal proprio nell' altrui fondo, se non l' ha acquistato per titoli o per possesso inducente usucapione.

f) Credo anch' io che nessuno possa usare nel suo dell' acqua in modo da contaminare col fetore o col cattivo odore il vicino, quando nol facesse esercitando una industria autorizzata dalla pubblica autorità.

Veggasi a questo proposito l' annotazione *b* al Capo XLVIII del Trattato I.

La quistione se debba essere impedito o no a taluno di usare nel suo fondo dell' acqua in modo da contaminare col fetore o col cattivo odore i vicini, riguardando un oggetto sanitario, mi pare, in regola, di competenza della amministrativa e non della giudiziaria autorità.

Se quella prima autorità ne avesse vietato l' uso e se da quell' uso ne fosse derivato danno ai vicini, la quistione della indennizzazione pel § 1338 del Codice austriaco sarebbe di competenza giudiziaria quando una legge punitiva non l' avesse dichiarata di amministrativa competenza.

Non vedrei però perchè non potesse essere di competenza giudiziaria la quistione, d' impedire a taluno di usare nel proprio fondo dell' acqua che mandi fetore o mal odore al vicino, quando fra essi un contratto proibisse di farne uso in quel modo.

In quanto alla contaminazione dell' acqua di sorgenti, cisterne, fiumi e ruscelli di cui gli abitanti di un luogo si servono per bere o per preparare vivande, veggansi il § 398 del Codice penale del 1852 e le ordinanze 11 maggio al n. 11 ed 11 dicembre 1854 ai numeri 120 e 131 della Parte I del bullettino provinciale delle leggi per la Venezia di quell' anno.

g) Nessuno che non abbia acquistato in modo legale diritto d' impedirmi, di racco-

In questo caso non ho diritto di lasciarla passare o farla passare dal mio nell' altrui fondo nè netta, nè sporca, nè fredda, nè calda, ed il proprietario di quest' ultimo fondo può impedirmelo.

Ma che cosa sarà di diritto nella seguente quistione?

L' art. 54 della legge 20 aprile 1804 prescrive pel Regno lombardo veneto che il fondo inferiore non possa ricusare di dar esito alle acque superiori.

Il Romagnosi, condotta delle acque Tomo I pag. 106, è d'opinione che per quell' articolo, il proprietario del fondo inferiore sia tenuto a ricevere le acque non solo naturalmente ma anche artifizialmente dal fondo più elevato defluenti.

Ho io per quella legge diritto di far passare o lasciar defluire dalla mia fossa, canale, serbatoio, l'acqua che vi ho raccolta per farne uso, p. e. per lavare i panni e resa lorda per averne fatto quell' uso, o dal mio bagno l' acqua che vi ho introdotto per usarla riscaldata, e calda per averne usato?

A dir vero mi sembra di no.

In primo luogo. Mi pare che quella legge altro non abbia voluto prescrivere nè abbia prescritto, se non che il fondo inferiore sia tenuto a ricevere l' acqua proveniente nel fondo più elevato o da sorgenti o da piogge direttamente cadute su esso, od anche giuntavi per effetto della disposizione naturale dei luoghi, e diffusa per effetto di natura su questo ultimo fondo.

Ma non mi pare che la legge stessa possa essere interpretata tanto largamente da farle prescrivere che il fondo inferiore sia tenuto a ricevere anche l'acqua che fosse stata artifizialmente raccolta nel fondo più elevato dal proprietario di esso, per adoperarla a qualche uso, come di lavare i panni o di far bagni, e che dopo soddisfatto quell' uso, venisse lasciata defluire o fatta defluire sul fondo più basso.

Che la legge nell' interesse dell' agricoltura prescriva che il fondo inferiore non possa negare di dar passaggio alle acque che si trovano per effetto di natura nel fondo più elevato, posso capirlo.

Se il proprietario del fondo inferiore ricusar potesse di dar loro passaggio, esse ristagnerebbero nel fondo più elevato con danno di questo, danno al quale non ha dato causa perchè dipendente appunto da effetto naturale.

Per evitare al fondo più elevato quel danno, nel quale non ebbe colpa, la legge accorse provvidamente in soccorso di esso, obbligando il fondo inferiore a non negargli quell' esito dell' acqua.

E siccome il doverla ricevere il fondo inferiore, è pur sempre un attacco al diritto di proprietà, così la legge stessa circondò quel passaggio forzato di condizioni che lo rendano meno gravoso che sia possibile al suddetto fondo.

Così il fondo superiore dee a proprie spese fare lo scolo, perchè l' acqua che in esso per effetto di natura si trova, passi pel fondo inferiore col minor danno possibile del medesimo.

Così il fondo superiore dee difendere il fondo inferiore pel quale quell' acqua passa e dee risarcirlo d'ogni danno che in qualunque tempo gli derivasse.

Tutto ciò posso capire.

Ma non posso nello stesso modo persuadermi che la legge prescriva eziandio che il fondo inferiore sia obbligato a dar passaggio non solo alle acque che per effetto di natura stanno nel fondo più elevato, ma eziandio a quelle che il proprietario di questo vi avesse artifizialmente pel proprio uso, pei proprii comodi, raccolte.

Il raccogliervele artifizialmente nulla ha di necessario, ed è atto tutto volontario di cui è causa il proprietario del fondo superiore.

Digitized by Google

Non bisogna confondere lo scolo artifiziale conducente l' acqua nel fondo inferiore colla raccolta artifiziale dell' acqua nel fondo più elevato.

Il suddetto scolo o canale, sia poi escavato nel fondo inferiore o nel superiore, dee essere fatto bensì ma solo per dar esito all' acqua trovantesi naturalmente nel secondo fondo col minor danno possibile del primo.

Ma non è funzione di esso quella di condurre nel fondo inferiore l' acqua artifizialmente raccolta nel fondo superiore.

La vera spiegazione poi dell' art. 54 della legge 20 aprile 1804 l' ha data il posteriore art. 640 del Codice Napoleone due anni dopo pubblicato nel Regno d' Italia.

Per quest' ultimo articolo il fondo inferiore è soggetto in riguardo al fondo più elevato a ricevere l' acqua che in questo trovasi per effetto di natura e non di opera dell' uomo.

Questa poi parmi la spiegazione la più equa e la meno ledente il diritto di proprietà, dell' art. 54 della legge 1804, anche vigente presso di noi la legislazione austriaca.

In secondo luogo poi. Dato e non conceduto che questo articolo obbligasse il fondo inferiore a ricevere anche l' acqua raccolta artifizialmente nel fondo superiore, dovrebbe sempre intendersi che lo obbligasse a ricever l' acqua nello stato suo ordinario, in quello cioè in cui trovasi generalmente e non l' acqua ridotta a stato straordinario e di eccezione, dunque non l' acqua nè ridotta a lordura per essere stata adoperata nel lavare, nè ridotta calda per essere stata adoperata calda in un bagno.

Ma se non per immediata disposizione della legge, pure per titoli o per possesso inducente a mio favore usucapione l' altrui fondo inferiore potrebb' essere soggetto alla servitù di ricevere l' acqua da me artificialmente raccolta nel mio fondo superiore.

In questo caso il titolo od il possesso serviranno a regolare il reciproco obbligo e diritto dei due fondi.

Se dal titolo o dal possesso è escluso che debba essere ricevuta acqua lorda o calda, non dovrà essere ricevuta dal fondo inferiore.

Se è stabilito che debba essere ricevuta, dovrà esserlo da esso.

Se nulla è fissato in tale riguardo nè da titolo nè da possesso, allora il reciproco obbligo e diritto sarà regolato dalla disposizione della legge.

Il § 484 del Codice austriaco deciderà ora per noi la quistione.

L' esercizio della servitù sarà ristretto anzi che esteso per quanto l' indole ed il fine di essa il comportino.

Quindi se indole e fine della servitù del fondo inferiore saranno di ricever l' acqua riscaldata del bagno e lorda per effetto della lavatura, dovrà in tal modo riceverla.

Non, se tali non fossero indole e fine di essa servitù.

h) Accordare o negare che in acqua pubblica altri lavi robe, o spinga al lavacro bestie sudanti, e determinare accordandolo, il sito per quelle operazioni, spetta all' Autorità amministrativa, che nell' accordarlo o negarlo sarà condotta dai pubblici riguardi.

Credo che contro il proprietario di un' acqua privata diritto di far quelle cose possa essere acquistato per titoli o per possesso inducente usucapione.

Senza averlo così acquistato, altri non ha quel diritto.

20.° Ai §§ LXXXV-LXXXIX del Capo presente osservo quanto appresso.

a) Quando l' altrui diritto di passaggio ne venga turbato, quegli cui è dovuta la servitù di condurre acqua non può costruire a tale oggetto un arco di pietra sul sito di quel passaggio.

Così il padrone del fondo serviente non può costruire un ponte che pregiudichi l' altrui servitù di acquidotto.

Ciò tutto deriva dal principio legale che si può bensì esercitare il proprio diritto, ma non in pregiudizio del diritto acquisito da un altro.

b) Per la stessa ragione chi ha diritto di condurre acqua non può costruire un arco

Digitized by Google

Questo ponte dovrà essere costruito in modo da rendere possibile il comodo esercizio delle due servitù di passaggio e di acquidotto che simultaneamente aggravano il fondo serviente.

d) Ciò che ho detto alle lettere *a b c* ha luogo quando o i titoli non abbiano diversamente disposto, o non sia stato altrimenti fissato da possesso inducente usucapione.

Inoltre quanto ivi ho detto presuppone necessariamente che la coesistenza delle due servitù di passaggio ed acquidotto a carico dello stesso fondo serviente sia possibile.

Se non è possibile, anche pel § 486 del Codice austriaco, stabilita prima sul fondo serviente la servitù di passaggio, non potrebb'esservi stabilita dopo a favor d'altri quella di acquidotto e viceversa.

e) Per l'art. 702 del Codice Napoleone e pel § 484 del Codice austriaco chi ha il diritto di acquidotto pel fondo altrui esercitandolo non dee rendere più onerosa la condizione di quel fondo.

Quindi colui che ha quel diritto di condurre l'acqua pel fondo serviente per un canale, non può radunarla in una fossa per condurla poscia pel canale stesso, quando ciò senza essere indispensabile alla comoda condotta nuoccia al suddetto fondo, a meno che titolo o possesso inducente usucapione a ciò non lo autorizzino.

f) Se taluno ha diritto di condurre l'acqua per un canale sopra terra, può benissimo quando o titolo o possesso non vi si oppongano e quando non ne venga resa più grave la condizione del fondo serviente, condurla invece per un canale sotterraneo.

La differenza poi fra questo canale sotterraneo ed il cunicolo del quale parla il Cipolla può vedersi nel Romagnosi tomo 2.° pagine 88-91.

g) Quando si voglia derivar acqua da acquidotto pubblico la concessione che ne accorderà l'autorità amministrativa determinerà per l'art. 2.° del decreto 20 maggio 1806 n. 36 non solo il modo della condotta ma eziandio la tassa da corrispondersi.

Questa tassa o canone è di regola, nè può esservi esenzione da essa se non per atto di grazia.

Intorno a quella tassa veggasi anche la Circolare italiana del 9 settembre 1807 ed intorno alle concessioni l'altra Circolare 5 maggio 1808 ai numeri 157 e 178 del tomo 2.° di leggi, regolamenti ecc. del ramo di acque e strade, Milano 1807, Stamperia Reale.

21.° Intorno ai §§ XC-XCII del Capo presente osservo:

a) In quanto alle spese dei lavori d'acque nei fiumi, torrenti ecc. veggansi pel Regno lombardo veneto la legge italiana 20 aprile 1804 ed i decreti 6 e 20 maggio 1806 n. 33 e 35 ancora vigenti.

Per le così dette antiche provincie della Monarchia veggasi la Sovrana Risoluzione 30 ottobre portata dal decreto della già Cancelleria aulica del 10 novembre 1830.

b) Per le acque minori che sono private, se non deggiono servitù ad alcuno, la spesa per la manutenzione, ristauro dei canali, argini ecc. e della purgazione di quei canali incumbe di regola ai loro proprietarii.

Ove sia dovuta ad alcuno servitù veggasi quanto ho detto nell'annotazione *c* al Capo XXIII del Trattato I.

Particolarmente pel Regno lombardo veneto nei casi di condotta e discesa coattiva dell'acqua veggansi gli articoli 52, 53 e 54 della suddetta legge italiana del 20 aprile 1804.

c) In quanto all'usufrutto della cloaca veggasi rispetto ai ristauramenti e alle riparazioni di essa quello che ho detto a principio dell'annotazione *h* al Capo XLVIII del trattato I.

Se la proprietà del fondo dominante e per conseguenza del canale che fa discendere

Digitized by Google

2.° Se uno senza averne diritto mi concedette di condurre acqua, di costruire un ponte od un mulino sul fondo di un terzo, il terzo non è obbligato a rispettare la concessione, quando nel caso della condotta dell' acqua io non avessi per legge diritto di condurvela come prescrive presso di noi l' art. 52 della legge 20 aprile 1804 e quando nel caso del ponte o del mulino il terzo non avesse approvato la concessione stessa.

Chi me l' ha fatta non può però impugnarla, perchè non può contravvenire al fatto proprio del quale è risponsabile.

3.° E da fiume perenne e da non perenne può esservi servitù di estrazione d' acqua, e di quest' acqua può esservi condotta pel fondo altrui come ho detto al n. 14 dell' annotazione *g* al presente Capo.

4.° Se per quanto ho detto al precedente n. 1 la servitù della condotta d' acqua si conserva anche colla sola volontà senza uso finchè non vada per qualche motivo legale perduta, essa si conserva tanto più coi segni dei quali parla il Cipolla ch' esprimono quella volontà.

5.° In quanto al farsi giustizia da sè venendo impediti nell' esercizio della condotta dell' acqua o venendo deviata l' acqua alla quale si ha diritto veggasi quanto ho detto nell' annotazione *g* al Capo XXX del trattato I.

(*k*) Intorno alla perdita della servitù di acquidotto di cui parla il Cipolla ai §§ XCV-XCVIII del presente Capo mi riferisco in generale a quanto ho detto sulla cessazione temporanea e sulla estinzione delle servitù nelle mie annotazioni al Capo XXIV del trattato I.

In particolare poi osservo:

1.° In quanto alla prescrizione della servitù di condotta dell' acqua pel non uso nel tempo stabilito dalla legge ne ho parlato al n. 4 II di quelle annotazioni.

2.° Se vi ha un solo fondo serviente dal quale viene condotta l' acqua prima per un canale comune e poscia per varii canali separati in varii fondi dominanti spettanti a diversi proprietarii, vi hanno a mio credere tante servitù separate quanti sono quei fondi dominanti.

Se uno di quei fondi non usa della sua per tutto il tempo atto ad indurre per legge la prescrizione, la servitù per esso è estinta nè è conservata coll' uso che delle proprie separate servitù facessero gli altri proprietarii.

Non vedrei poi come e perchè il diritto perduto così da un proprietario possa andare in accrescimento del diritto degli altri proprietarii.

Veggasi del resto quanto ho detto per la servitù di passaggio nell' annotazione *e* al Capo III del trattato II.

3.° Nel caso in cui l' acqua venga condotta a vantaggio di un solo fondo dominante spettante in comune a varii proprietarii, veggasi in quanto all' impedire l' uso dell' uno la prescrizione riguardo a tutti gli altri, ciò che ho detto alla lett. *c* n. 4 II delle annotazioni al Capo XXIV del trattato I.

4.° Sull' impedire il privilegiato contro il quale non può decorrere la prescrizione ch' essa decorra a danno dei proprii comproprietarii non privilegiati come nel caso di un minore e di maggiori di età veggasi pure quanto ho detto alla suindicata lett. *c*.

5.° In quanto alla estinzione della servitù di condotta dell'acqua per confusione ossia per consolidazione, parmi di averne detto abbastanza al n. 2 II delle suddette annotazioni.

6.° Il permesso che fa perdere la suddetta servitù del quale parla il Cipolla parmi corrispondere alla remissione o rinuncia di essa per parte del proprietario dominante.

Sembrami di averne detto abbastanza al n. 1 II delle suddette annotazioni.

7.° Se per naturale evento la sorgente dalla quale derivò l' acqua si è essiccata, la mia servitù è temporaneamente cessata e non estinta per quanto ho spiegato al n. I di quelle annotazioni.

Sarebbe estinta se mi fosse stato possibile di agire per farla rinascere ed avessi ommesso di farlo per tutto il tempo della prescrizione estintiva.

8.° Se il fiume od altro corso di acqua per naturale evento ossia per forza maggiore muta letto, la servitù di estrazione e quella di condotta pel fondo altrui dell'acqua cessano temporaneamente, e se ritorna all'antico suo letto si ripristinano per quanto ho detto al n. 10 dell' annotazione *g* al presente Capo.

Digitized by Google

9.° Ciò che a quel numero 40 ho detto mi pare che sia applicabile eziandio al caso dell' alluvione.

Per alluvione, secondo l' art. 556 del Codice Napoleone e secondo il § 411 del Codice austriaco, quel fiume o corso di acqua, aggiungendosi a poco a poco della terra alla riva, viene allontanato da essa per quella terra che vi si è aggiunta.

Per alluvione, secondo l' art. 557 del Codice Napoleone, il fiume o corso d' acqua ritirasi da una delle rive abbandonando presso la riva stessa della terra.

L' alluvione tanto nel caso in cui aggiunga della terra alla riva, quanto nel caso in cui abbandoni della terra presso la riva stessa produce l' effetto che il fiume o corso d' acqua muti sito.

Lo muta nel primo caso perchè il sito che occupava viene ora occupato dalla terra aggiuntasi alla riva per alluvione.

Lo muta nel secondo perchè si è ritirato dal sito che occupava lasciando allo scoperto per alluvione della terra presso la riva.

Ora e nell' uno e nell' altro caso, essendovi alla riva del fiume o corso d' acqua, terra ove prima eravi acqua, per le bocche di erogazione prima esistenti dalle quali estraevasi quell' acqua essa non si estrae più.

Da quelle bocche non passa più nei canali derivatori che la conducevano pel fondo serviente al fondo dominante.

Ora se in sito diverso da quello dove esistevano prima, vengono aperte altre bocche onde derivar l' acqua e condurla per altri o pegli anteriori canali derivatori pel fondo serviente al dominante, parmi che alla vecchia sia stata sostituita una nuova servitù e che la prima sia se non estinta, almeno temporaneamente cessata fino a che il fiume o corso d' acqua per altro naturale evento non ritorni all' antico sito, nel qual caso riviverebbe.

Se poi le antiche bocche di erogazione nel vecchio sito sono divenute del tutto inutili, attesa appunto la loro inutilità, non ha più luogo per esse estrazione, nè da esse condotta d' acqua e le relative servitù sono temporaneamente cessate ossia interrotte.

In questo caso o è possibile od è impossibile togliere con lavori d' arte quella interruzione.

Se è possibile toglierla, e viene tolta da chi ha diritto od obbligo di farlo, prima che decorra il tempo della prescrizione estintiva, ed allora le suddette servitù rivivono.

Se non viene come ho detto di sopra tolta entro il tempo di quella prescrizione, ed allora le servitù stesse si estinguono appunto per prescrizione.

Se poi coi mezzi d' arte è impossibile togliere quella interruzione, le servitù sono bensì temporaneamente cessate, ma non sono estinte, malgrado il decorso di tutto il tempo della prescrizione, e rivivono ogni qual volta il fiume o corso di acqua per naturale evento facendo sparire le alluvioni ritorni all' antico sito.

Veggasi a questo proposito quanto ho detto nelle annotazioni *a n.°* I al Capo XXIV del Trattato I.

10.° *a*) Cagionando un fiume, una riviera, e qualunque corso minore naturale od artifiziale d' acqua una inondazione dei siti sui quali sono stabilite le servitù della estrazione e della condotta delle acque, finchè quella inondazione dura le servitù stesse sono temporaneamente cessate, vale a dire interrotte.

Rivivono quando quei siti cessino di essere inondati.

Ciò dispongono gli articoli 703 e 704 del Codice Napoleone ed il § 525 del Codice austriaco.

b) Le inondazioni prodotte dai fiumi e dalle riviere sono eventi naturali temporanei, di forza maggiore.

Il dare e far eseguire le disposizioni necessarie a farle cessare, non è lasciato all' arbitrio di nessun privato, ma è di competenza dell' autorità amministrativa trattandosi di oggetto che involve eminenti pubblici riguardi.

Non posso immaginarle perpetue, nè figurarmi il caso, che per durare esse tutto il tempo della prescrizione. Le suddette servitù possano estinguersi appunto per prescrizio-

Digitized by Google

giare la cessazione temporanea ossia interruzione, in cessazione perpetua ossia estinzione delle suaccennate servitù per prescrizione.

c) Anche le inondazioni prodotte da una corrente minore naturale od artifiziale d'acqua sono temporanee eventualità di forza maggiore.

Quindi le servitù di estrazione e di condotta dell'acqua sui siti coperti da esse sono fino a che durano temporaneamente cessate ossia interrotte e rivivono quando quei siti sieno stati abbandonati dalle acque che li coprivano.

Sebbene in regola non sia il caso d'immaginare perpetue quelle inondazioni, pure non è impossibile l'altro caso che durino tanto tempo quanto bastar potrebbe per legge a cangiare in perpetua la cessazione temporanea di quelle servitù, ossia a cangiare in estinzione la loro interruzione.

In quest'ultimo caso se chi ha diritto od obbligo di farle cessare ommette di farlo e lascia che coprano i suddetti siti per tutto il tempo della prescrizione estintiva delle suddette servitù, queste sono estinte appunto per prescrizione e la loro cessazione da temporanea cangiasi in perpetua.

P. e. io da uno dei suddetti corsi d'acqua minori che non sono nè fiumi nè riviere e che sono privati ho la servitù attiva di estrarre acqua a favore di un mio fondo e di condurla pel fondo altrui.

Un terzo che ha l'uso di un mulino, di un opifizio, di uno stagno, arbitrariamente eleva il proprio scaricatojo in modo da inondare i siti nei quali estraggo la mia acqua e pei quali pel fondo altrui la conduco al mio.

Tale inondazione interrompe quella mia doppia servitù.

Nessuno mi negherà diritto di astringere il terzo che ne ha l'obbligo, a far cessare quella inondazione che mi danneggia col ricondurre l'acqua dello scaricatojo all'altezza normale ed innocua.

Ma io ommetto di farlo ed i siti della mia servitù rimangono inondati per tutto il tempo della prescrizione, senza che io mai abbia agito perchè possa rivivere.

Solo dopo spirato quel tempo vien fatta o da me o dal terzo cessare la inondazione.

Io allora pretendo contro chi ha obbligo di lasciar estrarre dalla sua corrente e di lasciar condurre pel suo fondo l'acqua a vantaggio del mio, che questa mia doppia servitù debba rivivere.

Egli mi oppone che per avere io ommesso di agire in tempo utile mentre potevo farlo, la servitù stessa si è estinta a di lui favore per prescrizione.

Per quanto ho detto in casi consimili nell'annotazione *a* I al Capo XXIV del trattato I mi sembra ch'egli abbia ragione.

Egli ha indubbiamente ragione per l'art. 704 del Codice Napoleone.

Quell'articolo dice che quando le cose sieno ristabilite in modo da poter usare della servitù essa torna ad aver luogo, *eccetto che sia trascorso uno spazio di tempo bastante a farla presumere estinta come all'art.* 707, cioè per prescrizione.

È vero che il § 525 del Codice austriaco non porta quest'aggiunta.

Ma credo ch'essa debba sottintendersi.

Nè quello nè altro § di quest'ultimo Codice dispongono espressamente che in tal caso la servitù sia inestinguibile, imprescrittibile.

Non posso credere che lo disponga tacitamente, perchè non posso ammettere che durar debba perpetuamente una servitù, che interrotta, avrebbe potuto da me o dai miei autori essere stata fatta rivivere entro il tempo della prescrizione, una servitù che rimase interrotta per nostra sola ommissione, negligenza, colpa.

Come ammettere infatti imprescrittibile e perpetua una servitù che la legge non ha espressamente dichiarata tale, contro il principio, che ogni diritto privato, quando essa legge non porti per esso eccezione, va soggetto a prescrizione pel non uso in tutto il tempo stabilito a prescrivere?

d) Le cose che ho detto alle precedenti lett. *a b c* mi sembrano valere nel caso e di

Digitized by Google

Ma la non mi sembra nè rinunciata nè estinta pel *semplice* fatto, che io in un tempo minore di quello della prescrizione estintiva non ho usato dell' acqua che avea diritto di estrarre e condurre, e che ho fatto invece uso di acqua diversa.

12.° Credo anch' io che tanto per la legge italiana quanto per l'austriaca, chi avendo la servitù di estrarre e condurre l' acqua soltanto di notte od in certe ore, non l' abbia in quei tempi estratta nè condotta per tutto il periodo della prescrizione estintiva, e l'abbia invece per tutto quel periodo estratta e condotta in tempi diversi, cioè di giorno ovvero in ore del tutto differenti, abbia appunto per prescrizione perduto il diritto di farlo in quei primi tempi.

Mi pare che usar dell' acqua di giorno, od in certe ore sia un modo, e l' usarne invece di notte, od in ore differenti, sia altro modo del tutto diverso di esercitare la servitù.

Ora se per tutto il tempo della prescrizione si è fatta cosa del tutto diversa da quella ch' era stata dapprima e soltanto stabilita, non si è usato come prima era stato unicamente fissato.

Questo non uso nel modo dapprima e soltanto stabilito, quando sia stato continuato per tutto il tempo della prescrizione estintiva, dee a mio credere, appunto per prescrizione, far perdere il diritto di esercitare in quel primo modo la servitù.

Ciò dice esplicitamente l' art. 708 del Codice Napoleone.

Ciò sembrami potersi dedurre anche dal § 1482 del Codice austriaco.

Per questo § infatti, solo quando un diritto sul fondo altrui possa essere esercitato *in differenti modi* a piacimento, quel diritto non si perde per ciò solo che per qualsivoglia lungo tempo sia stato esercitato in uno di quei modi soltanto.

Per la ragione dei contrarii, quando un diritto sul fondo altrui non possa essere esercitato se non in un *modo solo*, esso dee essere estinto se non fu esercitato in quel modo per tutto il tempo della prescrizione.

Dunque chi ha la servitù di estrarre e condurre acqua soltanto di notte od in certe ore, e non l' abbia in quel solo stabilito modo esercitata per tutto il tempo della prescrizione, l' ha perduta pel non uso appunto per prescrizione.

Concorrendo poi nell' uso fattone in modo del tutto diverso dal solo e primitivo stabilito modo, vale a dire nell' uso di giorno od in ore diverse, tutte le condizioni della prescrizione acquisitiva (usucapione) di cui ho parlato nelle annotazioni al Capo XX del trattato I, allora appunto per questa usucapione verrà acquistato il diritto di usare della servitù in quel tutto diverso modo.

13.° Se io conducendo l' acqua che ho diritto di condurre, vi mischio dell' acqua per la quale non ho quel diritto, faccio di più di quello che mi spetta e potrò essere obbligato a non mischiarla.

Ma non perdo la servitù di condurre acqua perchè la esercito, e perchè facendo di più la conservo.

14.° *a*) Nell' annotazione n. 10 alla lettera *g* del presente Capo, richiamandomi alla autorità del Romagnosi, ho detto che nella servitù di condurre l' acqua pel fondo altrui deggiono necessariamente essere fissate secondo il bisogno del fondo dominante una o più vie per le quali l' acqua stessa debba essere condotta pel suddetto fondo altrui.

Ho aggiunto che fissate una volta quella o quelle vie e fatta così la loro scelta, esse non ponno essere mutate.

Ora se dopo fissate quelle vie o via dell' acqua, il fondo serviente pel quale esser dee condotta, venisse, sia per lungo, sia per largo, diviso tra due o più separati proprietarii, ovvero se le due o più porzioni di esso pervenissero in altro modo legale ognuna in proprietà di padrone diverso, allora parmi che alla servitù di condotta sarebbero soggette tutte le porzioni di quel fondo per le quali passano la via o vie d' acqua, e che le porzioni per le quali non passano sarebbero liberate da essa, comunque in origine ed in potenza tutto il fondo serviente vi fosse soggetto.

b) Per altro quando ho detto che fissate una volta la via o vie della condotta dell' acqua pel fondo serviente, esse non possono essere mutate, naturalmente ho detto che non

Digitized by Google

essere mutate la via o vie della condotta dell' acqua, ne viene che quando vengano per tal modo mutate, la servitù di condotta aggraverà tutte le porzioni del fondo serviente (sia poi diviso o separato in porzioni diverse per la sua lunghezza o per la larghezza), che verranno toccate dalle nuove vie o via di condotta e non aggraverà le altre porzioni non toccate.

c) Lo stesso dicasi nel caso in cui il proprietario del fondo dominante, mutando arbitrariamente la via o vie di condotta dell' acqua pel fondo serviente scelte e fissate in origine, l' avesse, senza proibizione od impedimento dei condividenti o proprietarii per altro titolo legale delle porzioni separate di quest' ultimo fondo, condotta per tutto il tempo e nel modo atti ad indurre a suo favore la usucapione, per nuova o nuove vie.

Da questo suo possesso ne verrebbe, che le porzioni del fondo serviente toccate dalle nuove vie sarebbero, e quelle non toccate non sarebbero aggravate da quella servitù.

d) È assai difficile ma non del tutto impossibile il caso, che il proprietario del fondo serviente si adatti all' enorme aggravio di lasciar condurre l' acqua pel suo fondo, con mutazione di vie di condotta a beneplacito del proprietario del fondo dominante.

Ma però questo caso non è del tutto impossibile.

Avverandosi esso mi sembra che tutto il fondo serviente se anche diviso in separate porzioni fra diversi condividenti od altri proprietarii sarebbe soggetto alla servitù di condotta.

Però eziandio in questo caso, se il proprietario del fondo dominante, abbandonando il diritto di mutar via o vie di condotta dell' acqua pel fondo serviente a suo beneplacito, si fosse limitato a condurla per tutto il tempo della prescrizione immutabilmente per una parte sola di quel fondo, acquietandosi alla proibizione od all' impedimento dei proprietarii del suddetto fondo serviente di condurla ora per una parte, ora per l' altra di esso, mutando quelle vie, mi pare che da un lato sarebbe perduto per prescrizione il diritto di mutarle, e che dall' altro lato sarebbe acquistato per usucapione il diritto alla libertà dalla servitù in tutte le parti del fondo serviente che non venissero toccate dalla unica via per la quale la condotta stessa dovrebbe aver luogo.

e) Se il fondo serviente percorso dalla via che conduce l' acqua al fondo dominante viene diviso fra due proprietarii, uno dei quali sia quello di quest' ultimo fondo, la porzione toccatane al proprietario di quel fondo dominante, se anche percorsa dalla via d'acqua, è per confusione ossia consolidazione esente dalla relativa servitù pel principio che *res sua nemini servit.*

L' altra porzione poi toccata ad altri che al proprietario del fondo dominante nei siti percorsi dalla via d' acqua continua ad esserne soggetta fino a che non ne venga per qualche legale motivo liberata.

Se la via per la quale viene condotta l' acqua al fondo dominante esiste nella porzione del fondo serviente toccata per la divisione a proprietario diverso da quello del suddetto fondo dominante, allora appunto perchè esiste, mi pare che non possa parlarsi di estinzione della servitù a favore del fondo obbligato ad essa, per essere la porzione del medesimo percorsa da quella via, tanto angusta, da non poter contenere la costruzione dell' acquidotto.

Se quella via esiste: dunque la porzione del fondo serviente ch'è percorsa da essa la contiene: dunque la relativa servitù non è estinta per essere angusta la suddetta porzione.

Se poi quella via non esiste, sebbene la servitù della condotta dell' acqua sia stata imposta in potenza, anche sulla porzione non toccata nella divisione del fondo serviente al proprietario del fondo dominante, allora se quella porzione è tanto angusta da non poter contenere la costruzione dell' acquidotto, la suddetta servitù non può esistere in atto, sebbene imposta in potenza, ed in questo senso può dirsi essere estinta.

Se finalmente la linea di divisione del fondo serviente in due porzioni una toccata al proprietario del fondo dominante e l' altra toccata a diverso proprietario, venisse per impossibile tirata non fuori della via d' acqua che percorre il suddetto fondo serviente, ma invece, o per lungo o per largo, entro di essa, allora altro dir non potrei senonchè sulla porzione toccata al proprietario del fondo dominante la servitù si estinguerebbe per confusione ossia consolidazione, ma che se altro non vi fosse di mezzo non si estinguerebbe sull' altra porzione toccata a proprietario diverso.

Veggasi del resto quanto ho detto sulla confusione ossia consolidazione al n. 2 delle annotazioni *a* al Capo XXIV del trattato I.

Digitized by Google

f) Il Cipolla domanda se essendo la servitù dell' acqua costituita in modo che si debba far uso dell' acqua stessa, o soltanto di estate, o in un mese o in un anno sì, e nell' altro no; o in certi mesi o giorni, o nelle ore di notte o in quelle di giorno, vi voglia il decorso di tempo doppio di prescrizione perchè in questo modo ne succeda la estinzione.

Insomma domanda se il tempo della prescrizione nella servitù dell' acqua esercibile in periodi diversi più o meno lunghi, debba essere raddoppiato, onde produrne la estinzione pel non uso.

Mi sembra che nè il Codice Napoleone nè l' austriaco contemplino quel raddoppiamento del tempo della prescrizione estintiva, per la servitù periodica cioè di esercizio interrotto, sebbene le leggi romane avessero stabilito che essa si estinguesse col periodo di tempo doppio di quello stabilito per la non periodica cioè di esercizio non interrotto.

Infatti l' art. 706 del Codice Napoleone prescrive, essere ogni servitù estinta pel non uso per 30 anni, e soltanto per l' art. 707, i 30 anni, nel caso della servitù di acquidotto, ch' è continua secondo l' art. 688, cominciano a decorrere dal giorno in cui il proprietario del fondo serviente ha fatto un atto ad essa contrario, cioè si è in via di fatto opposto al di lei uso.

Ed il § 1488 del Codice austriaco prescrive che ogni servitù, e quindi anche quella d'acquidotto, si prescrive col non uso se la parte obbligata si è opposta al di lei esercizio, e se la parte avente diritto non l' ha esercitata per tre anni continui.

Il § 1486 poi, fuori del suddetto caso di opposizione, prescrive che quella servitù si prescrive pel non uso di trenta o quarant' anni, ossia pel non uso pel corso più lungo stabilito per la estinzione dei diritti per prescrizione.

Veggasi del resto quanto ho detto sulla estinzione delle servitù per prescrizione al n. 4 delle annotazioni al Capo XXIV del trattato I.

15.° Fin qui ho parlato della servitù d' acquidotto relativamente al diritto ed all' obbligo di essa.

Nella successiva ed ultima annotazione al presente Capo del Cipolla accennerò alle azioni cui essa può dar luogo in giudizio.

Ma prima di farlo trovo interessante di riportare le disposizioni del Codice civile pegli Stati del re di Sardegna intorno a quella servitù.

Lo faccio perchè quel Codice porta delle disposizioni che non si trovano nè nel Codice Napoleone nè nell' austriaco, e perchè può farsene utile confronto colle prescrizioni relative alla suddetta servitù portate dagli art. 52, 53 e 54 della legge italiana sulle acque del 20 aprile 1804 e dal successivo decreto 20 maggio 1806 n.° 36 sulle irrigazioni e sull' uso delle acque per opifizii, legge e decreto che sono nel nostro Regno ancora in vigore.

Ecco le suddette disposizioni del Codice Sardo.

« Art. 622. Ogni Comune, università od individuo è tenuto a dare il passaggio pe' suoi » fondi alle acque che vogliano condursi da chi abbia ragione di estrarne da fiumi, fon- » tane o da altre acque per irrigare i beni o per uso di edifizii, eccettuate però dai detti » fondi le case coi cortili, aje o giardini alle medesime attinenti. »

(Veggasi in quanto alla spiegazione di quella parola fondi quanto ho detto nell' annotazione *h* n.° 19 lett. *a* delle mie annotazioni al presente Capo).

« Art. 623. Sarà a carico di chi domanda il passaggio di formare il necessario ca- » nale senza che possa pretendere di far decorrere le sue acque nei canali già esistenti » e destinati al decorso di altre acque; potrà bensì il proprietario del fondo, se sarà an- » che proprietario di un canale in esso esistente e delle acque nel medesimo discorrenti, » impedire che un nuovo canale sia aperto nel suo fondo, offrendo di dare il passaggio » alle acque nel canale medesimo, sempre che così possa praticarsi senza notabile pre- » giudizio di chi chiede il passaggio.

« Art. 624. Dovrà anche permettersi il passaggio dell' acqua attraverso i canali ed

» che l' acqua di cui egli può disporre, sia sufficiente per l' uso al quale è destinata, che
» il passaggio ch' egli richiede, avuto riguardo alle circostanze dei fondi vicini, al pen-
» dio, e alle altre condizioni per la condotta, corso e sbocco delle acque sia il più con-
» veniente, e sia per arrecare il minor danno possibile ai beni.

« Art. 627. Prima d' intraprendere la costruzione dell' acquidotto, quegli che vuol
» condurre acqua per l' altrui fondo dee pagare il valore a cui saranno stati stimati i
» siti da occuparsi, senza deduzione delle imposte e degli altri carichi, che fossero ine-
» renti al fondo, e col soprappiù del quinto, oltre al risarcimento dei danni immediati,
» compresi quelli provenienti dalla separazione in due o più parti o da altra deteriora-
» zione del fondo da intersecarsi.

« Ove la domanda del passaggio delle acque sia ristretta ad un tempo non maggiore
» di anni nove, l' obbligazione di pagare il valore del sito occupato dal canale col soprap-
» più del quinto, ed il danno proveniente dalla intersecazione o deteriorazione del fon-
» do, si restringerà alla sola metà ma coll' obbligo di rimettere le cose nel primiero lo-
» ro stato. Qualora colui che ha domandato questo passaggio temporario volesse ridur-
» lo perpetuo non potrà pretendere d' imputare le somme pagate per la metà del valore
» del sito e del danno della intersecazione e deteriorazione del fondo. »

(L' obbligo del risarcimento dei soli danni *immediati*, oltre agli altri che annovera, portato da questo articolo 627, mi pare che significar voglia che non debbano essere risarciti specialmente i danni derivanti da caso fortuito ed imprevisibile come sarebbe quello di una inondazione, avendo io già detto anche in fine delle annotazioni *d* al presente Capo, che il danno si risarcisce quando è imputabile e non quando sia impreveduto ed imprevisibile.

Quell' obbligo di risarcimento è dunque espresso meglio dal suddetto articolo di quel che lo sia nell' articolo 52 della legge 20 aprile 1804 sulle acque presso noi vigente che obbliga quegli che deriva acque conducendole pel fondo altrui ad indennizzare il possessore *di qualunque danno può derivare al fondo stesso.*

Il dovere poi per l' art. 627 del Codice sardo chi conduce acqua pel fondo altrui *pagare il valore di stima e dei siti da occuparsi senza deduzione d' imposte e carichi* e doverne egli pagare la sola metà quando il passaggio non debba durare più di anni nove, col patto però finito tal tempo di rimettere le cose nello stato primiero, parmi che dia appoggio alla opinione da me espressa al n.° 12 dell' annotazione *g* al presente Capo, che cioè per l' articolo 52 della suddetta legge italiana del 1804 sulle acque, quegli che ne deriva, pagando il valore del terreno occupato dall'acquidotto lo compra e se lo compra ne acquista la proprietà.

Solamente pel Codice Sardo nel caso del pagamento dell' intiero valore la proprietà è perpetua.

Pagando invece la metà del valore quando il passaggio dell' acqua durar non dee più di nove anni è temporanea per quel periodo, dopo il quale le cose deggiono essere rimesse nello stato primiero, cioè il sito dell' acquidotto ritorna al primitivo proprietario).

« Art. 628. Quegli che vorrà approfittare a termini dell' articolo 623 della offerta
» di far decorrere le sue acque in un canale altrui, dovrà in proporzione dell' acqua che
» vi rimette pagare nello stesso modo (pare o per intiero o per metà come nell'art. 627)
» il valore dei siti occupati dal canale, e colla stessa proporzione rimborsare le spese
» occorse per la formazione del medesimo, oltre il pagamento dei maggiori siti che oc-
» corresse di occupare e di tutte le altre spese che il passaggio delle sue acque fosse per
» rendere necessarie. »

(Qui pare che quegli che vuol far scorrere la sua acqua pel canale altrui cioè per quello in cui scorre l' acqua altrui, quando in proporzione dell' acqua che immette pagar dee o l' intiero o la metà del valore proporzionale, acquisti non già la proprietà esclusiva perpetua o temporanea, sibbene la comproprietà dei siti occupati od occupabili dal canale.

Dico la comproprietà o perpetua o temporanea secondo che il passaggio sia stabilito a perpetuità ovvero per un periodo non maggiore di nove anni, e non già la proprietà esclusiva, perchè havvi già un comproprietario nell' altra persona che fa egualmente decorrere la sua acqua pel suddetto canale).

« Art. 629. Ove colui che ha fatto un canale in fondo altrui voglia condurre per es-

Digitized by Google

» so una maggiore quantità d' acqua non potrà immettervela se non è riconosciuto che il
» canale ne è capace, e che non ne può venir danno al fondo serviente: qualora la neces-
» sità della introduzione di una maggior quantità d' acqua esiga la costruzione di nuove
» opere non potranno queste aver luogo se non è precedentemente determinata la natu-
» ra e la qualità di tali opere e pagata la somma dovuta pei siti da occuparsi e pei danni
» nel modo prescritto dall' art. 627.

« Art. 631. Le concessioni d' uso d' acqua fatte dal Regio Demanio s'intendono sem-
» pre senza pregiudizio dei diritti anteriori d' uso dell' acqua stessa che si possano esse-
» re legittimamente acquistati.

(Notisi che per questo articolo un concessionario d' acqua pubblica non ne acquista la proprietà ma il solo uso.

Non vedrei perchè il concessionario di un' acqua privata dovesse pel Codice Sardo acquistarne invece proprietà e non uso.

Per quel Codice dunque il concessionario d' un'acqua o pubblica o privata ne acquista il solo uso.

Anche questo è un argomento a favore della opinione che ho sostenuto al n.° 3 della annotazione *c* al presente Capo, ch' eziandio per le leggi ora nel nostro Regno vigenti quel concessionario avendo della suddetta acqua il solo uso e non la proprietà non può disporne a favore dei terzi).

« Art, 632. Quelli che hanno diritto di estrarre e derivare le acque da fiumi, tor-
» renti, rivi, canali, laghi o serbatoj debbono sempre avvertire di non pregiudicarsi vi-
» cendevolmente tra i superiori e gl' inferiori, collo stagnamento o colla rigurgitazione
» o diversione delle medesime acque: quelli che vi avranno dato luogo soggiaceranno al
» risarcimento dei danni, oltre le pene che potessero essere stabilite dai Regolamenti
» di polizia rurale.

« Art. 633. Ove le acque scorrenti a benefizio dei privati impedissero ai padroni
» delle possessioni contigue di potervisi trasferire, o di poter continuare la irrigazione o
» lo scolo delle acque, coloro che ne risentono il vantaggio debbono costruire e mante-
» nere i ponti e i loro accessi necessarii e sufficienti per un comodo e sicuro transito, co-
» me pure debbono costruire e mantenere le botti sotterranee, i ponti, canali, o altre si-
» mili opere per la continuazione della irrigazione o dello scolo, salva una convenzione
» od un legittimo possesso in contrario.

l) Vengo ora a parlare delle azioni cui può dar luogo in giudizio la servitù di acquidotto.

E qui deggio premettere una osservazione essenziale secondo le leggi nel nostro Regno vigenti.

Nelle quistioni di acque e per conseguenza in quelle che nascono per la servitù dell' acquidotto, fa d' uopo secondo gli articoli 10 ed 11 del decreto italiano 20 maggio 1806 n.° 36 sull' uso di quelle acque per irrigazioni ed opifizii, distinguere i casi in cui sia involto in esse l' interesse pubblico, da quelli nei quali sia involto semplicemente l'interesse dei particolari.

Nei primi casi le suddette quistioni sono di competenza amministrativa e sfuggono alla competenza giudiziaria.

Nei secondi casi sono di competenza del poter giudiziario.

Quel concetto del pubblico interesse non bisogna però ampliarlo, estendendolo per esempio al vantaggio pecuniario dello Stato.

Fa d' uopo restringerlo alla idea più nobile ed elevata della utilità e del bene generale, come p. e. agli oggetti di preservazione o difesa del territorio dello Stato, a quelli che interessano il sistema generale delle acque, l' ampliamento del commercio e delle comunicazioni, la pubblica sanità e simili.

Ciò fu osservato e svolto, ed eccellentemente a mio credere, nell' estratto di proto-

Digitized by Google

Ritenuto dunque che deggiano essere di competenza giudiziaria le sole quistioni nascenti per la servitù dell' acquidotto che semplicemente riguardino l'interesse privato e nelle quali non sia misto il pubblico interesse, quale di sopra l' ho definito, osservo ai §§ XCIX-CXVIII del presente Capo del Cipolla quanto appresso.

1.° Quell' autore nella materia dell' acquidotto parla di 4 interdetti possessorii secondo le leggi romane, cioè di quelli:

a) dell' acqua quotidiana:

b) dell' acqua estiva:

c) dell' acqua da condursi dal castello:

d) dei rivi, e si diffonde su essi e sul modo di farli valere e di difendersi dai medesimi in giudizio.

2.° Il Savigny nel suo trattato del possesso Sezione 5, § 46 delle Servitù prediali III e IV riduce pure per la legge romana i tre primi interdetti ad un solo, quello dell' acqua quotidiana ed estiva e parla di un secondo interdetto che corrisponde al quarto del Cipolla, cioè di quello dei rivi.

E qui non credo disutile confrontare con quello che su quegl'interdetti dice il Cipolla quanto ha detto il sapientissimo e vivente scrittore alemanno.

« III. *Jus aquae quotidianae vel aestivae ducendae.*

« Fonte digesto libro 43 titolo 20.

« La prima condizione di questo interdetto è il possesso della servitù. La servitù » dee nello stesso tempo essere esercitata col convincimento che ne esista il diritto (*bo-* » *nae fidei possessio*). Finalmente dee essere stata esercitata nell' ultimo anno ovvero » quando l'acquidotto non è adoperato che in estate od in inverno, negli ultimi 18 mesi. » L' aver ricorso a questo interdetto suppone eziandio che al possesso sia stata arrecata » violenta turbazione, poco importando che l'abbia arrecato il proprietario od un terzo. » Quando molte persone facciano pretensione allo stesso acquidotto l' azione ha, come » l' interdetto *uti possidetis*, la qualità d' *interdictum duplex*.

« L' oggetto dell' azione si è in primo luogo quello di togliere ogni ostacolo al li- » bero esercizio del possesso. In secondo luogo di risarcire il danno occasionato dalla » turbazione e che in questo caso può consistere come in tutte le servitù, nella perdita » del diritto stesso per conseguenza del *non usus*.

« Il reo convenuto ha diritto di negare che la servitù sia stata esercitata in maniera » ingiusta, cioè *vi, clam, precario*.

« IV. Pel ristauro dell' acquidotto è stato accordato un interdetto particolare quello » *de rivis*.

« Fonte digesto libro 43 titolo 21.

« Questo interdetto dipende assolutamente dalle stesse condizioni di quello che lo » precede. Non è dunque che qui sia importante il diritto alla servitù: lo è bensì il pos- » sesso. Qui fa d' uopo però fornire cauzione pel danno che il lavoro potrebbe cagio- » nare. »

3.° È inutile che io aggiunga di più intorno a questi interdetti del romano diritto perchè per me si tratta di parlare anche in riguardo alle azioni cui poteva e può dar luogo per noi in giudizio la servitù di acquedotto, secondo le legislazioni italiana ed austriaca.

Prego quindi il lettore a riandare quello che sulle azioni cui ponno dar luogo le servitù prediali in generale e quella del passaggio in particolare ho detto nelle annotazioni al Capo II del trattato I e *p cc* al Capo I del trattato II.

Alcune delle cose ivi da me dette sono applicabili anche alla servitù dell'acquidotto.

1.° Nella prima di quelle annotazioni ho osservato che per le leggi francesi ed italiane in fatto di servitù prediali poteano essere fatte valere le azioni petitoria e possessoria.

E l' una e l' altra azione potevano per quelle leggi essere esercitate per la servitù d' acquidotto, per essere questa pegli articoli 688 e 689 del Codice Napoleone servitù continua ed apparente, e quindi mantenibile eziandio nella via possessoria.

Del resto per le suddette leggi, alle annotazioni stesse mi riporto, osservando però che nella servitù di acquidotto, per essere continua ed apparente, l' azione possessoria per le leggi stesse non ha bisogno di essere sussidiata dal titolo, a differenza della servitù di passaggio la quale per essere discontinua, non ammette l' azione medesima senza quel sussidio.

Digitized by Google

2.° In quanto alla legislazione austriaca, anche per la servitù d'acquidotto ponno essere fatte valere tanto l'azione petitoria quanto la possessoria, distinta questa ultima in ordinaria, e sommaria (sommariissima).

E l'una e l'altra di queste azioni pel § 523 del vigente Codice civile ponno essere promosse tanto dal proprietario del fondo dominante per sostenere contro quello del serviente la servitù, quanto dal proprietario del fondo contro chi si arroga su esso la servitù stessa.

3.° Chi per quella legislazione si fa attore in giudizio pretendendo d'avere la servitù d'acquidotto e sostenendola contro il proprietario del fondo che vuole serviente può a tale oggetto promuovere:

a) L'azione petitoria quando pretenda competergli propriamente il diritto e dirò così la proprietà di quella servitù che gli viene contrastata.

Per riuscire in quest'azione provar dee di avere in modo legale, vale a dire o per titolo o per usucapione, acquistato quel diritto.

b) L'azione possessoria sommaria, quando pretenda d'essere in possesso della servitù stessa e questo possesso gli sia stato minacciato, tolto, o turbato.

Per riuscire in quest'azione, basta pei §§ 5 e 15 della Sovrana Risoluzione 22 giugno 1825 nel nostro Regno, che provi l'ultimo proprio possesso materiale e di fatto della servitù.

Dee poi promuovere in giudizio l'azione stessa, secondo il § 2 di quella Risoluzione entro 30 giorni continui dal dì della notizia della minaccia, privazione, o turbamento.

c) L'azione possessoria ordinaria, quando non voglia o non sia più in tempo di far valere la stessa azione sommaria.

In questo caso il § 523 del Codice civile non gli dà altro obbligo, che quello di provare di essere in possesso della servitù come di un diritto reale, ossia come dice il Nippel, di trovarsi al possesso di una determinata servitù, e quindi nel nostro caso di quella dell'acquidotto.

Il Winiwarter e lo Stubenrauch sostengono ch'egli abbia obbligo di provare per analogia al § 372 del Codice civile il titolo valido ed il modo non vizioso dell'acquistato possesso della servitù, contro chi non possa produrre se non un titolo più debole del proprio (libero) possesso.

Io troverei questa opinione ragionevolissima, se non vi ostasse la letterale disposizione del § 323 del suddetto Codice, che a favore del possessore stà la presunzione legale di un titolo valido e che perciò non può essere provocato a produrlo.

Dal che ne viene che quegli che vuol agire in giudizio coll'azione possessoria ordinaria facendo pretensione alla servitù di acquidotto su un fondo che vuole serviente, non ha che a provare di trovarsi nel possesso di quella determinata servitù, come di un diritto per sua natura reale.

Ne viene eziandio che il reo convenuto se vuol mandar a male quell'azione provar debba essere il possesso sul quale si fonda l'attore, o illegittimo, o di mala fede, o vizioso.

d) L'attore poi può far valere le azioni alle lettere *a b c* non solo quando si tratti del diritto, ossia della proprietà, ovvero del possesso della stessa servitù di condotta dell'acqua pel fondo altrui, ma eziandio quando si tratti, o del diritto o del possesso che gli appartenessero di ristaurare o purgare l'acquidotto.

4.° Anche il proprietario del fondo sul quale altri si arroga la servitù dell'acquidotto può contro questo farsi attore in giudizio promovendo:

Digitized by Google

Quest' ultimo poi dovrà far valere la propria azione sommaria entro i 30 giorni prescritti pel nostro Regno dalla Sovrana Risoluzione 22 giugno 1825 al § 2.°

c) L' azione possessoria ordinaria quando non voglia o non sia più in tempo di far valere la sommaria della quale ho parlato alla precedente lettera *b*.

Facendo valere questa ultima azione l'attore dovrà avanti a tutto provare il possesso del fondo sul quale il reo convenuto si arroga la servitù.

Poscia potrà appigliarsi all' azione possessoria ordinaria dei §§ 345 e 346 del Codice civile oppure all' altra azione pur possessoria ordinaria del § 372, come ho detto al n.° 1 lettera *a* dell' annotazione *cc* al Capo I del trattato II.

d) L' attore può poi far valere le azioni alle lettere *a b c*, non solo quando si tratti della proprietà o del possesso del fondo sul quale il reo convenuto si arroga di condurre per servitù l' acqua sul fondo stesso, ma eziandio quando si arroghi di ristaurare o purgare l'acquidotto.

Ed in quanto all' azione petitoria della quale ho di sopra parlato alla lettera *a* altre due recenti Sentenze portate dall' Eco dei Tribunali Sezione II n.° 399 del 1858, oltre a quelle delle quali ho fatto cenno al n.° 2 dell'annotazione *cc* al Capo I del Trattato II del Cipolla decisero che chi esercita l' azione negatoria di servitù debba secondo la letterale disposizione del § 523 del Codice civile dar la dimostrazione che la servitù esercitata è un *usurpo* mentre il possesso di fatto della medesima dispensa il possessore dalla produzione e dimostrazione di qualunque titolo.

Nelle sue annotazioni a quel § il Basevi sostiene che il testo tedesco solo originale ed attendibile nel caso di dubbio del § stesso, dia al proprietario l'obbligo di provare, non già la *usurpazione*, ma invece l'*appropriazione* della servitù per parte del reo convenuto.

Anche a me pare che ciò sia effettivamente.

Ora se ciò è, mancherebbe per certo la prima e più importante base sulla quale si appoggiano le suddette sentenze.

Ma se effettivamente anche l' originale e solo attendibile testo tedesco del suddetto §, perfettamente d' accordo colla traduzione italiana, desse al proprietario del fondo che promuove l' azione contro chi si arroga sul fondo stesso la servitù, l' obbligo di provare la *usurpazione* della servitù sulla cosa propria, allora a quanto su questo proposito ho detto nelle annotazioni *d* al Capo II del trattato I e *cc* n.° 2 al Capo I del trattato II, aggiungerei quanto appresso.

Non potrebbe in tal caso negarsi, essere quella interpretazione conforme alla *lettera* del § 523 combinato coi §§ 323 e 324 del Codice civile.

Ma la non mi sembrerebbe conforme alla *chiara intenzione* del legislatore, alla quale eziandio, e non soltanto alle parole, si dee pel § 6 del suddetto Codice badare nell'applicare la legge.

Infatti.

Che il proprietario del fondo sul quale altri si arroga una servitù debba provare la sua proprietà, ella è questa cosa che dee ammettersi, perchè la relativa azione non gli è accordata se non come a proprietario, e se non prova di esser tale, e se il reo convenuto lo nega, l' azione stessa dovrebb' essere respinta dal giudice.

Che quel proprietario debba eziandio provare, che al momento dell' acquisto della proprietà del fondo o per titoli o per usucapione, il fondo stesso non era aggravato dalla servitù, anche questo può ammettersi, perchè se lo vuol libero da essa dee pur provare di averlo acquistato libero.

Ma che dopo acquistato così libero il fondo, se taluno si arroga su esso una servitù, il proprietario provar debba in confronto di questo, aver esso usurpato la servitù ossia mancare di diritto alla medesima questa è cosa che non posso tanto facilmente ammettere, come conforme alla intenzione del legislatore.

E che sia vero.

Quando il proprietario del fondo abbia provato d'avere acquistato o per titolo o per usucapione la proprietà del fondo non aggravato dal peso della servitù stà a suo favore

Digitized by Google

Il suo avversario dee provare invece che quel fondo non ne è libero ossia provar dee ch' è aggravato dalla servitù stessa.

Ossia l' attore in petitorio non dee provare l' usurpo, sibbene il reo convenuto provar dee il non usurpo della servitù.

Ossia questo dee provare d' avere ad essa diritto.

Ma si obbietta che fare non debba tal prova, perchè per lui stà la presunzione legale del titolo valido del suo possesso della servitù, e perchè non è obbligato a produrlo, nemmeno, se quella presunzione di possesso con titolo valido non è conciliabile colla presunzione legale della libertà della proprietà dell' attore.

Qui dunque la presunzione legale del possesso della servitù con titolo valido, prevarrebbe all' altra presunzione legale della libertà della proprietà dalla servitù stessa.

Ossia la presunzione legale nascente da un semplice fatto qual è il possesso, prevarrebbe all' altra presunzione legale nascente da un diritto e da un fatto qual è la proprietà.

Ossia il meno prevarrebbe al più, e ciò confesso non mi pare che possa corrispondere alla intenzione del legislatore.

Che tra possessore e possessore, la presunzione legale della libertà del possesso dalla servitù, ceder debba all' altra presunzione legale della esistenza della servitù con titolo valido, posso intenderlo, perchè si tratta di due persone in circostanze pari, che s' appoggiano ambedue a quello stato di fatto ch' è il possesso.

Ma che tra proprietario e possessore, la presunzione legale della libertà della proprietà da servitù, ceder debba alla presunzione legale della esistenza della servitù stessa con titolo valido, non posso intenderlo, perchè si tratta di due persone in circostanze disuguali una delle quali si fonda su uno stato di diritto e di fatto qual è la proprietà, ch'è di più, mentre l' altra si fonda su un semplice stato di fatto, qual è il possesso, ch' è di meno.

Fa d' uopo dunque negare ch' esista pel nostro Codice presunzione legale della libertà della proprietà da servitù, e siccome mi sembra difficile che ciò possa essere negato, fa d' uopo ammettere che tale presunzione abbia prevalenza sull' altra presunzione pure legale della esistenza della servitù con titolo valido fondata sulla base del semplice possesso.

E ciò ammettendo ne viene che il proprietario del fondo avendo per se la presunzione legale della libertà di esso da servitù, non può essere obbligato a provare che quella servitù sia stata usurpata ossia che quegli che se l' arroga non ne abbia diritto.

E tanto più ciò deve ammettersi in quanto che il proprietario sarebbe obbligato a far una prova negativa, che per la natura della prova stessa gli è impossibile, mentre per chi si arroga la servitù la prova affermativa di averne diritto è possibilissima.

Io poi rispettando ogni altrui contraria opinione stò per quella dello Zeiller il quale avendo preso parte alla compilazione del vigente Codice civile fu più in grado d' altri di conoscere quali sieno state in questo proposito le vere intenzioni del legislatore.

Egli commentando il § 523 di quel Codice civile dice, che l' azione negatoria spetta al (libero) proprietario contro chi si arroga un diritto di servitù sul suo fondo.

Aggiunge essere tale azione, quella di rivendicazione, onde sostenere la libertà della proprietà. Il proprietario, aggiunge egli ancora, provar dee il fatto della turbazione. Ma se il suo avversario risponde non essere il proprio fatto un' arrogazione della servitù ma l' esercizio del proprio diritto, ha l' obbligo di provare l' acquisto della servitù.

Digitized by Google

CAPUT V.

DE AQUA PLUVIA ARCENDA.

I. *Aqua pluvia dicitur, quae de coelo cadit, aut imbre exercescit, vel colorem mutat.* — II. *Actio de aqua pluvia arcen. ad hoc ut competat, quae requirantur.* — III. *Praedio rustico an actio de pluvia arcenda competere possit.* — IV. *Libellus in actione de aqua pluvia arcenda quomodo formari debeat.* — V. *In actione de aqua plu. arcen. quare veniat illud quod futurum est.* — VI. *In actione de aqua plu. arcen. dato quod damnum quod post litem contestatam contingit, veniat judicis officio, quare tamen in libello de judicis officio mentio haberi debeat.* — VII. *Positiones actoris in actione de aqua pluv. arc. quomodo formari debeant.* — VIII. *Positiones rei in actione de aqua, etc. quomodo fiant.*

Est etiam utile hic ponere naturam aquae pluviae arcendae, maxime quantum spectat ad materiam judicialem, in qua materia prodita est actio de aqua plu. arcend. Saepe enim contingit, quod propter opus manu factum in agro alicujus, praedio alterius aqua pluvialis nocere potest. Unde consulitur domino istius praedii, cui illa aqua pluvia noceret: per actionem specialem, videlicet per actionem aquae pluviae arcendae, per quam opus factum tenetur destruere expensis suis, et damnum post litem contingens emendare, et si possidet opus ab alio factum, tenetur praestare patientiam, ut destruatur (1).

(1) *Ut D. de aqua pluv. arcend. l. 1. § 1. et 2. et l. si tertius, § penult. et ultim.*

CAPO V.

DELL' ACQUA PIOVANA DA ALLONTANARSI.

I. Si dice acqua piovana quella che cade dal cielo, e cresce con la pioggia, o muta colore. — II. Quali cose sieno necessarie affinchè competa l' azione dell' acqua piovana da allontanarsi. — III. Se tale azione possa competere al fondo rustico. — IV. Come in tale azione debba essere formato il libello. — V. Perchè in siffatta azione venga ciò, che è ancora futuro. — VI. Nell' azione dell'acqua piovana da tener lontana, dato che il danno il quale emerge dopo la lite contestata, spetti all' officio del giudice, perchè tuttavolta si deve far menzione nel libello dell' officio del giudice? — VII. In qual modo si debbano formare le posizioni dell' attore in sì fatta azione. — VIII. Come si debbano fare le posizioni del reo.

Util cosa è poi anche espor qui la natura dell'acqua piovana da tener lontano, specialmente per quanto si riferisce alla materia giudiziale, nella quale è data l' azione relativa. Imperocchè spesse volte addiviene, che a cagione di un' opera manufatta nel campo di alcuno l' acqua piovana possa nuocere al fondo di un altro. Laonde si soccorre il padrone di questo fondo, al quale l' acqua recasse danno, mediante un' azione speciale, cioè con quella dell' acqua piovana da allontanarsi, per la quale il costruttore dell' opera è obbligato a distruggerla a sue spese, e a risarcire il danno emergente dopo la lite, come pure, se possede un lavoro fatto da un altro, è tenuto a soffrire che sia distrutto.

Digitized by Google

I. *Et in primis sciendum est, quod dicitur aqua pluvia illa, quae de coelo cadit, aut imbre excrescit, vel colorem mutat: quia aqua conjungitur aquae pluviali, sicut contingit in multis fluminibus* (1). *Item est etiam notandum, quod dicta rubrica sic intitulatur* secundum gloss. super ea: de aqua, et aqua pluv. arc. et de actione aquae pluviae arcend. *Et ita multi libri habent: et sic habebat Rog. secundum Rofred.* (2) *et secundum hoc haec rubrica tractat de aqua quae non est pluvia, et de ista aqua non pluv.* (3) *De alia aqua tractat totus fere tit., tractat etiam de actione aquae pluv. arcend. et ad hoc ut ista actio competat, octo sunt necessaria* (4).

II. *Primum, quod quis opus manu faciat* (5). *Secundum, quod in suo loco opus id faciat. Caeterum si opus natura loci sit, ut si ex fundo tuo aqua naturaliter decurrat in meo sine opere tuo, non habet locum haec actio. Item si in publico loco fiat, similiter non habet locum* (6). *Tertium, quod propter illud opus aqua nocere possit, non tamen nocuerit, nisi post litem contest.* (7) *secus si non noceret, sed lucrum auferat* (8). *Quidam* (9) *dicunt, quod aliquando datur, quando lucrum aufertur*: ut l. 2 item Varus. *Sed Dyn. dicit contrarium, quod ille text. non facit, cum ibi videatur damnum dari non patiendo aggerem naturalem refici* (10). *Quartum, quod illa aqua sit pluvialis mixta ad hoc, ut locum habeat haec actio directa* (11). *Si autem alia aqua damnum dedit, tunc locum habet utilis secundum quosdam: sed secundum alios locum habet negatoria* (12). *Quintum, quod aqua possit nocere agro, et sic praedio rustico, non autem aedificio, aut oppidi, vel domui, et sic praedio urbano: tunc enim habet locum negatoria* (13).

III. *Sed quaeritur, an pro praedio rustico tantum haec actio competat? Responde non, secundum Rofred. Ratio est:*

I. E parimente dee sapersi, che si dice acqua piovana quella che cade dal cielo, o cresce con la pioggia, o muta colore, avvengachè l' acqua non piovana si unisca con la piovana, siccome avviene in molti fiumi. Del pari dee notarsi, che la detta rubrica così s' intitola *dell' acqua, dell' acqua piovana da allontanarsi* e dell'azione relativa. E così recano molti libri, e così teneva Roggero, secondo Roffredo. Laonde, posto ciò, la presente rubrica tratta dell' acqua non piovana, della quale parlano anche certi testi. Dell' altra acqua poi tratta quasi tutto il titolo del Digesto, come pure dell' azione dell'acqua piovana da allontanarsi. E perchè quest' azione competa sono necessarie otto cose.

II. Primo, che alcuno faccia qualche opra a mano. 2.° Che la faccia nel proprio fondo. Nondimeno se la natura del sito è tale, che l' acqua scorra naturalmente dal tuo nel mio senz' uopo di lavoro, non ha luogo sì fatta azione. Così pure non compete, qualora l' opera sia fatta in luogo pubblico. 3.° Che per quell'opera l'acqua possa nuocere; non però abbia nuociuto, se non dopo la lite contestata; diversamente se non nuocesse, benchè togliesse un lucro. Alcuni dicono, che talvolta si dà, quando vien tolto un lucro. Ma Dino pensa l'opposto, cioè che il testo della legge 2.ª *eod. tit.* non serve all'uopo, mentre ivi sembra recarsi danno non sopportando che l'argine naturale sia ristaurato. 4.° Che quell'acqua sia piovana mista, onde abbia luogo l' azione *diretta*. Se poi fu un' altra acqua che recò danno, allora ha luogo l' azione *utile*, secondo alcuni; ma secondo altri compete la *negatoria*. 5.° Che l' acqua possa nuocere al campo, e per tal modo al predio rustico, non già all'edificio, al castello, alla casa e così al predio urbano; imperocchè allora ha luogo la *negatoria*.

III. Ma si chiede, se quest' azione competa pel fondo rustico soltanto? Rispondi che no, secondo Roffredo: e la ragione è.

Digitized by Google

damno specialissimam habeo hanc actionem. In praediis autem urbanis locum habet negatoria, quae competit quando quis facit in alieno, quod jure servitutis facere non potest (1). *Sed haec ratio non est clara. Ideo dic, quod ratio potest esse, quia favore agriculturae in primis haec actio specialis fuit introducta* (2). *Sextum requiritur, quod causa nocendi factum sit opus. Caeterum si causa colendi agrum et arandi, et fructus percipiendi factum sit, non habet locum ista actio* (3). *Septimum, quod opus illud factum sit ignorante eo, cujus praedio aqua nocere posset, sed eo sciente cessat haec actio* (4). *Octavum, quod damnum futurum timeatur, sed ubi lucrum auferre possum, non teneor. Nam si opus facit in sua re, et sic venae putei tui precisae sunt, non teneor hac actione* (5). *Sed ultra praedicta etiam requiruntur sex. Primum requiritur, quod opus fiat in privato, secus in publico* (6). *Secundum, quod non sit factum publica authoritate, puta principis authoritate vel senatus* (1*) (7). *Tertium, quod extet memoria facti operis, alias non reputatur manu factum, sed naturale, et sic esset tolerandum* (8). *Quartum, quod sit factum ad excludendam aquam, quam naturaliter tenebatur recipere ille, qui fecit, vel saltem tenebatur recipere jure servitutis* (9). *Secus si ad excludendam aquam, quam naturaliter vel jure servitutis recipere non tenebatur* (10). *Quintum, quod ille cui nocet, non teneatur jure servitutis recipere talem aquam, quae derivetur opere manu facto: secus si jure servitutis tenetur recipere* (11). *Sextum, quod ille contra quem agitur, sit dominus illius fundi, ubi opus factum est, si ipse facit, agit ut removeat suis expensis, si alius sine sui voluntate agit, ut praestet patientiam* (12).

IV. *Libellus autem in hac actione ita formari potest: Coram vobis ego Luc. Zuf. compareo contra M. qui tale opus fecit in praedio suo, propter quod aqua*

la ho specialissima quando si tratta d' un danno futuro. Nei fondi urbani poi ha luogo la negatoria, la quale spetta allorchè alcuno opera nell' altrui, lo che non può fare per diritto di servitù. Però questa ragione non è chiara; laonde di', che il motivo può essere, che quest' azione fu primamente introdotta, in grazia dell' agricoltura. 6.° È necessario, che il lavoro sia fatto per fine di nuocere. Del resto, se fu fatto per lo scopo di coltivare i campi, di arare, e di percepire i frutti, quest'azione non ha più luogo. 7.° Che il detto lavoro sia fatto nell' ignoranza di quello, al cui fondo l'acqua potrebbe nuocere; che se questi n' è conscio, cessa la detta azione. 8.° Che si tema un danno futuro, ma ove io possa togliere un lucro, non sono tenuto. Imperocchè se io faccio un lavoro nel mio, e per esso resta tagliata la vena del tuo pozzo, io non sono tenuto con questa azione. Ma oltre le predette cose, ne sono necessarie 6 ancora, cioè: 1.° che l' opera sia fatta nel privato, non già nel pubblico; 2.° che non sia fatta per autorità pubblica, per esempio, per ordine del principe o del senato (1*); 3.° che resti memoria del lavoro fatto, altrimenti non si stima manufatto, ma naturale, e dovrebbesi tollerare; 4.° che sia fatto per espellere l' acqua, che quegli che lo fece era tenuto a ricevere almeno per diritto di servitù. Diversamente, se sia fatto per espellere l' acqua, che non era tenuto a ricevere nè naturalmente, nè per diritto di servitù; 5.° che quegli, cui nuoce, non sia tenuto a ricevere la detta acqua, che è derivata da un lavoro manufatto; diversamente, se fosse tenuto a riceverla per diritto di servitù; 6.° che quegli, contro il quale si agisce, sia padrone del fondo ove è fatto il lavoro; se egli stesso lo fece, si agisce affinchè lo tolga a sue spese; se un altro senza suo consenso, si agisce onde presti la pazienza (*a*).

IV. Il libello poi in questa azione può esser così formato: « Alla presenza di voi io Luca Zuffi, comparisco contro M., il quale fece il tale lavoro nel suo fondo, pel quale

Digitized by Google

pluvia damnum agro meo dare potest, vel praedio meo nocere: unde opus illud amoveri, et damnum quod post litem contestatam contingit resarciri peto: et pro opere destruendo propono actionem aquae pluv. arcendae, et pro damno postea contingente propono officium judicis. Et quod ita recte concipiatur libellus (1). *Sed videtur quod recte libellus iste non sit conceptus propter duo, primum est, quia non potest videri in judicium venisse, quod post litem contestatam contingit, ideo alia interpellatione opus est* (2). *Item de iis rebus quae futurae sunt, judicium institui non potest* (3): *qui tractus futuri temporis non spectat ad judicem* (4). *Sed dic quod illa l. non potest videri, non obstat: quia non loquimur in re prorsus alia, sed in alia specie* (5), *quia res illa non venit in judicium, quae nullo modo advenit: sed si incipit deberi, venit in judicium, et ideo quod futurum est* (6).

l'acqua piovana può recar danno al mio campo o nuocere al mio fondo. Laonde chieggo, che quell' opera sia tolta, ed io sia risarcito del danno emergente dopo la lite contestata: e per la distruzione dell' opera propongo l' azione *dell' acqua piovana da allontanarsi*, e per il danno poscia emergente propongo l'ufficio del giudice. » E che in tal modo il libello sia ben concepito, lo provano i testi. Ma sembra invece che non sia formato rettamente per 2 ragioni: 1.° che non pare poter essere materia di giudizio il danno che avviene dopo la lite contestata, onde è necessaria un' altra interpellazione. Parimenti, circa quelle cose che sono future non si può istituire giudizio, perchè non ispetta al giudice il corso del tempo avvenire, come dice la legge *non potest ff. de judic.* Ma tu di', che quella legge non fa ostacolo, perchè non si tratta di cosa affatto diversa, ma di diversa specie. Ed invero non cade in giudizio ciò, che non può avvenire in alcun modo; ma se comincia ad esser dovuta una cosa, vi cade, e però anche ciò che è futuro.

V. *Sed quaeritur, quare in actione praesenti, videlicet aquae plu. arcend. venit etiam illud quod futurum est. Respondeo propter naturam ipsius actionis, quae tantum futura damna respicit* (7) *sicut actio quae oritur ex novi operis nunt. etiam similiter respicit tantum futura damna* (8), *licet regulariter omnes aliae actiones respiciant praeterita* (9). *Et in hoc ideo, quia opus jam factum erat, ideo si futurum damnum venit, quod post lit. contesta. contingit, non est mirum, imo plus in hac actione admittitur actor: quia solum futurum damnum timetur* (10).

V. Ma si dimanda, perchè nella presente azione *dell' acqua piovana da allontanarsi*, venga anche ciò ch' è futuro? Rispondo: per la natura della stessa azione, che riguarda soltanto i danni futuri; come del pari l' azione che nasce dalla denunzia del nuovo lavoro riguarda soltanto i futuri danni, benchè di regola tutte le altre azioni riguardino i danni passati. E però nel nostro proposito, poichè il lavoro era già fatto, non è meraviglia che venga il danno futuro, che emerge dopo la lite contestata; anzi a maggior ragione può l' attore proporlo, perchè teme soltanto un danno futuro.

VI. *Quaeritur, posito quod damnum, quod post litem contest. contingit, veniat officio judicis, ut dictum est, quare habetur expressa mentio de officio judicis in libello: nam videtur quod non deberet fieri expressa mentio: quia etiam si non peteretur in libello, nihilominus si dam-*

VI. Si dimanda poi: posto che il danno che emerge dopo la contestazione della lite, cada sotto l' officio del giudice, come fu detto, perchè si fa espressa menzione dell' ufficio del giudice nel libello? Avvegnachè sembri che non dovesse esser fatta, perchè sebbene non fosse messa nel libello,

Digitized by Google

est in omnibus, et maxime in his, ubi officium judicis deservit actioni, nam dicitur regulariter, quod ea quae post litem contestatam contingunt, nominatim exprimenda non sunt: sicut in hoc, ex fructibus, et expensis, et aliis, quasi dicat ita valde pertinent, quod si non petatur in libello, dummodo de his in judicio fiat mentio, nihilominus veniunt (1). *Item alia ratione videtur, quod non sit necessarium facere expressam mentionem in libello de officio judicis: ubicunque actio proponitur, cui officium judicis deservit, sufficit si sola actio proponatur* (2). *Et multi propter metum istarum objectionum dicunt libellum ita simpliciter esse concipiendum. Ego B. ago contra M. actione aquae pluv. arc. ut opus factum debeat removere, propter quod aqua pluv. praedio nocere potest, et ad hoc propono actionem aquae pluviae arcen. nec faciunt mentionem in libello de officio judicis, dicunt tamen damnum datum post litem contestatam dicendo: Domine judex, tale damnum contingit post litem contestatam, reducite hoc ad memoriam, ut officio vestro debeatis, eum in aestimationem illius damni condemnare. Sed dicit Rofr. super hac actione sibi videri libellum, tunc de jure bene conceptum. In omnibus enim ubicunque aliquid officio judicis proponitur, in libello judicis officium recte proponitur, et ponit unum exemplum: in rei vendic. veniunt fructus officio judicis, et non jure actionis, quia si jure actionis venirent, essent mixta bonae fidei, sicut petitio haereditatis. Sed illa rei vendicatio est stricti juris: et tamen judicis officio veniunt fructus etiam percipiendi a malae fidei possessore, et sine titul.* (3). *Unde in rei vendicatione putat sic esse dicendum: peto per rei vend. rem cum fructibus percipendis, et pro rei vend. et pro fructibus propono judicis officium, et hoc modo non errares secundum me.*

e massime in quelle ove l' ufficio del giudice serve all' azione. Imperocchè di regola si dice, che quelle cose che emergono dopo la lite contestata, non devonsi esprimere nominatamente, come avviene in proposito colle parole: *dai frutti, dalle spese ed altre cose*, quasichè fosse detto: spettano così, che sebbene non si chieggano nel libello, nondimeno, purchè di esse si faccia menzione in giudizio, cadono in esso. Del pari per un' altra ragione apparisce, che non sia necessario fare espressa menzione nel libello dell' ufficio del giudice; perchè qualunque volta si proponga un' azione, alla quale si applica l' ufficio del giudice, essa basta se sola si proponga. E molti per timore di queste obbiezioni dicono che il libello si deve concepire in questo modo: « Io B. agisco contro M. con l'azione *dell'acqua piovana da rimuoversi*, affinchè sia tolto il lavoro fatto per il quale l' acqua piovana può nuocere al fondo, ed a tal fine propongo l' azione *dell' acqua piovana da allontanarsi*; » nè fanno menzione nel libello dell' ufficio del giudice, benchè esprimano il danno dato dopo la contestazione della lite, col dire: « Messer Giudice, questo danno emerge dopo la lite contestata; rammentatelo, perchè è dell'ufficio vostro condannare il reo a soddisfarne la stima. » E Roffredo dice, che allora il libello sembra essere ben concepito in diritto. Conciossiachè in tutte quelle cose, nelle quali si propone qualche cosa all' ufficio del giudice, rettamente è proposto lo stesso ufficio nel libello; ed offre in prova un esempio nella vendicazione d' una cosa, nella quale vengono i frutti per officio del giudice, non per diritto d' azione, perchè se venissero per diritto d' azione, sarebbe mista alla buona fede, come la petizione d' eredità. Ma quella rivendicazione della cosa è di stretto diritto, e nondimeno nell' ufficio del giudice vengono i frutti ancora da percepirsi dal possessore di malafede e senza titolo. Laonde nella rivendicazione di una cosa Roffredo stima che così debba dirsi: « In forza della vendicatoria dimando la cosa co' frutti da percepirsi, e per la rivendicazione e pei frutti propongo l' ufficio del giudice; » e in questo modo non erreresti secondo me.

VII. *Positiones autem vel capitula potest actor ita formare: Ego B. dico, quod tu fecisti opus manu in praedio tuo. Item*

VII. Le posizioni poi o capitoli così possono esser formati dall'attore: « Io B. dico, che tu facesti un lavoro a mano nel tuo

(1) *Ff. de aedil. edict. l. aediles, § item sciendum.*

(2) *Ut in actione quod metus causa, l. metum, § ex hoc edicto, D. quod metus causa, et l. 4. C. de posit. et vide not. per Dopt. in l. 4., § hoc autem judicium, ff. damn. infecto.*

(3) *C. de rei vend. l. certum, et ff. eod. l. qui restituere.*

Digitized by Google

quod per illud opus aqua plu. nocere potest praedio meo. Item praedium illud cui nocere potest, est rusticum. Item illud opus fecisti animo nocendi. Item illud opus me ignorante fecisti. Item propter illud opus aqua plu. damnum mihi inferre potest.

VIII. *Positiones vero et capitula rei ita formabis: Ego dico, quod opus illud naturaliter ita se habet. Item praedium illud est urbanum. Item fecisti mihi pactum, ut liceat mihi aedificium ita habere. Item tanto tempore stetit sic illud opus, quod ejus memoria non existat. Item illud aedificium lucrum tantum tibi affert. Item domus tibi conjuncta est illi praedio in cujus loco aedificium illud factum est. Item illud opus feci te sciente. Potes etiam colligere alias positiones seu capitula, tam ex parte actoris, quam rei, ut colligi potest ex his quatuordecim,* quae dixi esse necessaria in act. aquae plu. arcen. (1).

(0) *Vide supra in 8. quaest. principali, versic. quaero nunc de alia quaestione principali quotidiana, usque ad fin. illius quaest. 8. principalis.*

(1*) *Senatus.* — Senator est illustris, et est de magnis judicibus (1) hodie utitur populus Rom. qui semper senatorem appellat illustrem, quod nota ut scias reddere rationem styli Capitolii.

(1) *In Specul. de jur. omni in vers. magni, et hoc titul.*

fondo. Del pari, che per esso l'acqua piovana può nuocere al mio fondo. Del pari, che quel fondo, cui l'acqua può nuocere, è rustico. Parimenti, che festi quel lavoro con intenzione di nuocermi. Parimenti che l'hai fatto profittando della mia ignoranza. Così pure, che per quel lavoro l'acqua piovana mi può recar danno. »

VIII. Le posizioni poi o capitoli del reo così si formeranno: « Io dico, che quel lavoro esiste naturalmente. Parimente, che quel fondo è urbano. Del pari, che pattuisti meco ch'io potessi tener quella fabbrica a quel modo. Del pari, che quel lavoro stette così per tanto tempo, che non resta memoria del contrario. Parimenti, che quella fabbrica ti arreca lucro soltanto. Parimente, che la tua casa è unita a quel fondo, nel quale ho fabbricato. Così pure, ch'io feci quel lavoro con tua scienza. » Puoi anche raccogliere altre posizioni o capitoli, tanto da parte dell'attore, quanto da quella del reo, come si può ritrarre dalle 14 cose, che dissi essere necessarie nell'azione *dell'acqua piovana da allontanarsi* (b).

(1*) *Senato.* — Il senatore è illustre, e posto fra i grandi giudici. Di esso si serve oggidì il popolo Romano, il quale sempre chiama illustre il suo Senatore; lo che nota, onde sappia dare ragione dello stile del Campidoglio.

ANNOTAZIONI AL CAPO V.

(*a*) Il proprietario di un fondo non è tenuto a ricevere in esso l'acqua piovana del fondo altrui se non nei casi seguenti:

1.° quando secondo l'articolo 640 del Codice Napoleone e secondo l'articolo 54 della legge italiana 20 aprile 1804 l'altrui fondo sia superiore ed il fondo dal quale essere dee ricevuta quell'acqua, sia inferiore, vi scoli poi essa naturalmente o come opina il Romagnosi anche artifizialmente, cioè per opera dell'uomo;

2.° quando fuori di questo caso il proprietario del fondo si sia obbligato o sia obbligato a riceverla o per titoli o per possesso dal fondo altrui che abbia il diritto di immettervela;

3.° quando finalmente possa nascere il caso ch'ella vi venga immessa coll'intervento della pubblica autorità e per pubblico bene.

Fuori di questi casi il proprietario del fondo nel quale trovasi quell'acqua può pel

Digitized by Google

Questi cortili servono all' uso delle rispettive nostre case.

Mi sembrano dunque predio urbano per l' articolo 687 del Codice Napoleone.

Essi non sono destinati alla economia rurale.

Mi sembrano egualmente predio urbano pel § 474 del Codice austriaco.

Se essi fossero predii rustici, il proprietario del cortile nel quale dal cortile altrui venisse immessa l' acqua piovana avrebbe, fuori dei casi ai n. 1, 2, 3, diritto a pretendere che non vi venga immessa.

Non vedo perchè non debba aver quel diritto per la circostanza che quei predii anzichè essere rustici sono urbani.

Fuori di quei tre casi il proprietario del fondo nel quale viene introdotta l' acqua ha diritto di pretendere che non vi venga introdotta, non solo mediante opere erette nel fondo altrui ad oggetto d' introdurvela, ma eziandio quando vi venisse cacciata non mediante quelle opere, ma per effetto di operazioni eseguite in quel fondo altrui, le quali sebbene non avessero propriamente lo scopo d' introdurvela, pure per la loro natura e qualità avessero a conseguenza la introduzione di essa.

Quando questa introduzione o fosse vantaggiosa o fosse innocua al fondo nel quale avesse luogo, al di lui proprietario, se ragionevole e discreto, non verrà in capo di opporsi a cosa per lui vantaggiosa o che non gli arrechi danno.

Ma dato che volesse opporvisi parmi che avrebbe diritto di farlo.

Ma lo farebbe contro il proprio interesse, o per recar danno, incomodo, dispetto al vicino, insomma per *emulazione* e non per altro.

Sia pure. Se ha diritto di farlo, non può cercarsi per quale motivo lo faccia.

Vedasi del resto quanto ho detto sulla emulazione nell'annotazione *f* al Capo XXXIX del Trattato I.

Tutto ciò ho osservato per dimostrare, che venendo senza diritto cacciata od immessa l' acqua piovana da un fondo altrui nel mio fondo, io proprietario di questo ho diritto di oppormi alla di lei introduzione in qualunque caso e non nel caso solo che l' acqua stessa mi arrechi danno.

(*b*) Farò per le leggi vigenti poi valere in giudizio la mia opposizione nel modo seguente.

aa) Se l' acqua piovana viene cacciata nel mio fondo mediante opere fatte nel fondo altrui e destinate a cacciarvela domanderò al giudice che quelle opere vengano distrutte, che le cose sieno rimesse nello stato anteriore ad esse e che mi venga prestato il risarcimento del danno ove potessi provare di averne sofferto uno.

Ed esistendo il caso del § 340 del Codice civile potrò domandare il divieto dal § stesso portato.

bb) Se l' acqua piovana è cacciata nel mio fondo per effetto di operazioni nel fondo altrui, non aventi veramente lo scopo, ma portanti per la loro natura e qualità l' effetto di cacciarvela, domanderò al giudice, che il reo convenuto venga condannato a costruire sul proprio fondo le opere adatte ad impedire il passaggio dell' acqua stessa da quel fondo nel mio. Domanderò anche la riparazione del danno nel caso che danno avessi sofferto.

Digitized by Google

CAPUT VI.

DE CLOACIS PURGANDIS.

I. *Cloaca quid sit, et quid tubus, et quid fistula, et quid eorum appellatione veniat.* — II. *Interdictum de cloacis, etc. quando locum habeat.* — III. *Ultramontanus si juraret se de mensi Augusti Romae moraturum, non teneretur Romae morari, ne talis juramenti occasione vita temporalis amitti posset, si Romae moraretur.* — IV. *Interdictum de cloacis coram quo judice intentari possit.* — V. *Libellus in actione de cloacis quomodo formandus sit.* — VI. *Interdictum de cloacis locum habet, etiam si aliquis eo utatur vi, clam, vel precario.* — VII. *Positiones actoris in actione de cloacis, quomodo formari possint.* — VIII. *Positiones rei in actione de cloacis, quomodo formari debeant.*

Utile et conveniens est etiam sibi subjicere interdictum de cloacis purgandis: quia multoties cum quis reficere cloacam suam vel purgare vult, ab alio impeditur, et introductum est interdictum de cloacis purgandis. Item etiam, si aliquis vellet de novo facere cloacam, et ab alio prohiberetur. Item quia saepe aliquis mittit in cloacam meam, quod non debet mittere, vel quod missum est in cloacam impedit: ideo proditum est interdictum restitutorium (1), *licet ista sint duo interdicta* (2),

CAPO VI.

DELLE CLOACHE DA PURGARSI.

I. Che cosa sia la cloaca, che il condotto, e che cosa s'intenda sotto il loro nome; — Quando abbia luogo l'interdetto delle cloache. — III. Se un oltramontano giurasse di stare in Roma nel mese di agosto, non sarebbe tenuto a dimorarvi, onde per cagione di tal giuramento non morisse, se in Roma si soffermasse. — IV. Dinnanzi qual giudice si possa intentare l'interdetto delle cloache. — V. Come debba esser formato il libello nell'azione delle cloache. — VI. L'interdetto delle cloache compete anche nel caso che taluno usi di esse violentemente, di soppiatto o precariamente. — VII. In qual modo si possano formare le posizioni dell'attore nell'azione delle cloache. — VIII. Come debban essere formate le posizioni del reo.

È cosa utile e conveniente aggiungere ai suesposti l'interdetto *delle cloache da purgarsi*; imperocchè molte volte accade, che alcuno voglia ristaurare o purgare la sua cloaca, e ne sia impedito da un altro; laonde fu introdotto quest'interdetto. Così pure, se alcuno volesse costruir di nuovo la cloaca, e da un altro ciò gli fosse proibito. Del pari, perchè spesse fiate taluno immette nella mia cloaca ciò che non deve, o quello che ha messo impedisce l'uso della stessa; e per questi casi fu dato l'interdetto restitu-

Digitized by Google

dicit quod ad hoc ut competat hoc interdictum, ista sunt necessaria.

I. *Primum, quod sit cloaca. Est autem cloaca locus concavus, per quem colluvies quaedam fluit* (1). *Et cloacae appellatione etiam tubus et fistula continetur* (2), *et tubus secundum gloss. ibi est foramen cloacae, unde purgatur colluvies aquae. Fistula est aliud instrumentum ad idem, et ex hoc infert Barthol. ibi ad quaestionem statuti dicentis, si quis offenderit aliquem in domo punitur certa poena: quia offendens in ostio domus, dicitur in domo offendisse, de quo dic, ut ibi per Bart.* (3). *Secundum, quod quis prohibeat te volentem purgare vel reficere cloacam, vel si quid est immissum quo usus cloacae impediatur, quod removeri debeat* (4). *Tertium quod ille qui vult reficere vel purgare cloacam, caveat de damn. infect.* (5). *Et si quis velit cloacam privatam in publicam mittere vel cloacam facere quae haberet exitum in publicam cloacam: quia non est impediendus* (6), *licet novam cloacam in loco publ. facere non possit* (7), *et ibi hoc not. Bart.*

II. *Item habet locum hoc interdictum, quando cloaca ex aedibus tuis in aedes vicini* (1*) *pertinet* (8), *et appellatione aedium continetur aedificium, hoc est ex aedificio in proximum agrum* (9). *Item si quis habet usum cloacae privatae, clam vel precario sibi non nocet. Item si denunciatur novum opus, contemni potest* (10). *Et est ratio, quia talis nunciatio est a lege improbata propter publicam utilitatem* (11). *Qui assignat eandem rationem, quod publicae salutis et utilitatis intersit, cloacas et rivos purgari, et ideo pulchre etiam dixit text.* in dict. l. 1. § curavit, D. de cloacis, *quod hoc pertinet ad salubritatem civitatum et ad tutelam. Nam coelum pestilens et ruinas minantur immunditiae cloacarum, si non reficiantur. Et ideo Romae tempore quo veri Romani dominabantur, quia habebant de istis cloacis et aquaeductionibus tam publicis quam privatis magnam curam* (12), *habebant*

(1) *D. de cloac. l. 1. § cloaca.*
(2) *Ut d. l. 1. § cloacae appellatione.*
(3) *Et per eundem in l. caetera, § hoc senatus et. 3. de legat. 1. et ibi per Dd. et Bald. in d. l. data opera qui accus. non poss. et adde quae dixi in 1. lib. in titul. de claustro, cloaca, porticul. et in titul. de ostio sive porta.*
(4) *D. eod. lib. 1. in princip.*
(5) *Ff. eod. lib. 1. § 1.*
(6) *Ut d. l. 1. § idem Labeo, et § final.*

le seguenti cose onde competa quest' interdetto.

I. 1.° Che vi sia una cloaca. Ed è *cloaca* quel luogo concavo, nel quale fluiscono certe immondezze; e nel suo nome si comprendono il tubo ed il condotto. *Tubo* poi, secondo la glossa, è il foro della cloaca, pel quale si purga la massa del liquido; e *condotto* è un altro istrumento destinato allo stesso scopo. Da ciò Bartolo trae a parlare della questione dello statuto, che ordina: se alcuno offendesse un altro in casa, sia punito con certa pena; perchè chi offende sull' uscio della casa si reputa aver offeso in casa, intorno a che di' come lo stesso Bartolo. 2.° Che alcuno ti proibisca di purgare o ristaurare la cloaca, o t' impedisca di rimoverne ciò che vi fu immesso, e che ne impedisce l' uso. 3.° Che quegli, che vuole purgare o ristaurare la cloaca, guarentisca del danno temuto. E se alcuno vuole immettere la cloaca privata nella pubblica, o fare una cloaca che avesse lo sbocco nella pubblica, non si deve impedire, sebbene non possa fabbricare una nuova cloaca nel luogo pubblico.

II. Parimente ha luogo quest'interdetto, allorquando la cloaca delle tue case arriva a quelle del vicino (1*), e sotto il nome di case si comprende ogni fabbrica, come appare dai testi. Del pari, se alcuno gode l'uso della cloaca privata, o di nascosto o precariamente, non nuoce a sè stesso. Del pari, se vien denunziato un nuovo lavoro, si può disprezzar la denunzia. E la ragione si è, che tale denunzia è riprovata dalla legge per motivo di pubblica utilità; lo che nota pur Bartolo, il quale assegna la stessa ragione, cioè, che importa alla salute ed utilità pubblica, che le cloache e i canali sieno purgati, e perciò bellamente disse il testo della legge 1. *ff. de cloacis*, che ciò spetta alla salute ed alla tutela della città. Conciossiachè le immondezze delle cloache minaccino rendere pestilenziale l' aria e deserte le abitazioni, ove non sieno ristaurate. E però in Roma, al tempo in cui dominavano i veri Romani, si aveva gran cura di queste cloache ed acquidotti sì pubblici

(7) *Ut l. fin. eod. tit.*
(8) *Ut d. l. in princ.*
(9) *Ut dict. l. 1. § deinde ait praetor.*
(10) *D. eod. l. 1. § hoc interdictum, et § quod si quis mihi.*
(11) *Ut not. Barthol. in dict. lib. 1. § fin. et est casus in l. pupillo, § si quis rivis, D. de nov. oper. nunciat.*
(12) *Ut apparet in dict. tit. de cloacis, et C. de aquaeductu, lib. 11.*

Digitized by Google

erem salubrem, et erat sanum ibi morari (1).

III. *Licet hodie non sit sanum de mense augusti morari Romae, in tantum, ut si quis ultramontanus juraret se moraturum Romae in mense augusti, non teneretur morari: quia occasione talis juramenti posset vita temporalis amitti, si Romae moraretur* (2). *Et hoc forte est, quia erant cloacae ibi.; quidam dicunt propter quendam ventum qui ibi regnat. Praedicta procedunt in cloaca privata: quia hoc interdictum de illa tantum loquitur, publicae enim cloacae publicam curam merentur* (3), *et pro publicis cloacis competit aliud interdictum, ne quid ad cloacam publicam immittatur, vel quid fiat* (4), *et adde quod possum facere cloacam de novo inter aedes meas et vicini illo invito, et contradicente seu novum opus nunciante* (5), *dummodo si in via publica velim cloacam facere, ipsam faciam consentiente illo, cui publicarum viarum cura commissa est* (6), *et ita tenet Rofr.* in hoc interdicto in fin. *quae* l. fin. *vult, quod habeat locum aliud interdictum ad exemplum praedictorum, videlicet ne facienti cloacam vis fiat, quominus publicam cloacam facere liceat. Et ita etiam tenet Spec.* (7). *Imo plus dico, et hoc bene nota. Quia hoc interdictum competit, ut in vicini aedes dominus veniat, et rescindat pavimenta, cloacae purgandae gratia: si tamen paratus sit restaurare id quod ex necessitate reficiendae cloacae causa rescindit, quod cautio damni infecti non est interponenda* (8).

IV. *Item dubitari potest coram quo judice istud interdictum intentari possit? dic coram quolibet praetore de cloacis potest agi* (9), *sed gloss. et Barthol. ibi dicunt, quod debet peti licentia faciendi ab eo qui potest concedere, postea poterit agere coram quolibet judice. Et adverte quia in istis interdictis Spec.* (10) *formavit duplicem libellum, secundum quod interdictum hoc habet duo capita* (11), *sed*

che privati; ed allora l'aria era sana, e non pernicioso il soggiorno.

III. Oggi però non è sana la dimora in Roma nel mese di agosto, per cui se un oltramontano giurasse di stare in Roma nel mese di agosto, non vi sarebbe tenuto, dacchè in causa di tal giuramento potrebbe morire, se vi dimorasse. E ciò forse avviene, perchè v'erano colà molte cloache; altri dicono, perchè regna un certo vento insalubre. Le ora dette cose procedono per la cloaca privata, poichè quest' interdetto si riferisce ad essa soltanto; le pubbliche cloache poi meritano la pubblica cura. E per le cloache pubbliche compete un altro interdetto, cioè, *che non si faccia o s'immetta alcuna cosa nella cloaca pubblica.* Ed arroge, che posso costruire di nuovo una cloaca fra le mie case e quelle del vicino, senza il consenso di questo, anzi benchè si opponga e denunzi il nuovo lavoro; purchè, s' io voglia fare una cloaca nella pubblica strada, la faccia con assenso di quello, cui è commessa la cura delle strade pubbliche. Così pensa Roffredo, e la legge finale *ff. de cloac.* vuole che abbia luogo un altro interdetto ad esempio dei predetti, cioè, *che non si faccia violenza a chi fabbrica la cloaca*, e che *non sia lecito costruire una cloaca pubblica.* Così pensa anche lo Speculatore. Anzi dico di più, e notalo bene, che quest' interdetto compete, onde il padrone della cloaca possa entrare nelle case del vicino e rompere i pavimenti, pel motivo di purgare la cloaca, purchè nondimeno sia pronto a rifare ciò che ruppe per la necessità del purgamento, al quale uopo non abbisogna offerire cauzione pel danno eventuale.

IV. Del pari si può dubitare dinanzi qual giudice quest' interdetto si possa intentare? Rispondi: dinanzi qualunque pretore si può agire per le cloache; ma la glossa e Bartolo dicono, che si deve prima chieder licenza di fare da quello che può concederla, e dopo si potrà agire dinanzi qualunque giudice. Ed avverti, che rispetto questi interdetti lo Speculatore formò un doppio libello; e secondo lui tale interdet-

(1) *Ut dicit. gloss. 7. quaest. 1. cap. qualiter. per illum text. et vide ad hoc Alb. de Ros. in l. si quis mihi mandaverit, in princ. D. mandat.*

(2) *Ut dicit gloss. not. in c. vero, extra de jurejur.*

(3) *Ut l. 1. § hoc autem interdictum propositum, D. de cloacis.*

(4) *Ut dict. l. 1. § fin.*

(5) *Ut § quis mihi purganti, et l. fin. eod. titul.*

(6) *In d. l. fin.*

(7) *In titul. de causa possess. et proprie. § 1 in ultim. colum. versicul. sed numquid.*

(8) *Ut est text. notabilis cum gloss. l. praetait. quominus, § unde Flavius. ff. de cloacis.*

(9) *Per l. 1. ff. de cloac.*

(10) *In titul. de causa possess. et proprie, § privata, in ultim. colum. versicul. penult.*

(11) *Ut l. 1. § 1. ff. eod. ut dixi supra in prin.*

Digitized by Google

Rofr. (1) *formavit alios duos libellos ad idem: et primo sic: Coram vobis, etc. compareo ego B. et conqueror de M. qui me prohibet cloacam meam; quae est in tali loco inter me et ipsum reficere, vel purgare, unde ne me prohibeat vel impediat, ago contra ipsum, et ad hoc propono interdictum de cloacis, vel actionem in factum ejus loco surrogatam: et ita concipias libellum, quando vis reficere, vel purgare, si autem aliquid immisit per quod impediatur usus cloacae, ita dices.*

V. *Coram vobis A. compareo ego B. et conqueror de M. qui in cloacam meam, quae est inter me et ipsum, immittit talia, per quae usus meus in illa cloaca impeditur: unde quod illa removeat, ago contra ipsum: et ad hoc propono interdictum de cloacis, vel actionem in factum surrogatam loco interdicti: et quod ita recte concipiatur in hoc interdicto libellus* (2). *Sed videtur quod non habeant locum ista interdicta ut possit ita concipi libellus: nam aut competit mihi jus habendi cloacam, aut non in primo casu, si jus mihi competit, possum prohibere illum qui me impedit reficere vel purgare, vel aliquid immittere, per negatoriam, vel possum habere confessoriam ad vindicandam illam servitutem libere* (3), *et ideo frustra videtur quod competat hoc interdictum. In secundo casu si non competit mihi jus, potest me per negatoriam prohibere. Quasi non sit mihi jus in suas aedes, vel in commune solum aliquid eo invito immittere vel mutare: cum in re communi melior sit conditio possidentis* (4).

VI. *Item e contra videtur quod etiam si jus non habeat, nihilominus possit facere cloacam, nam in hoc interdicto etiam si quis utatur vi, vel precario: tamen habet locum hoc interdictum, in aliis interdictis secus est* (5). *Sed ad hoc respondet Rofr. in hoc interdicto, circa fin., quod in utroque casu potest intelligi, sive haberet jus,*

detto ha due capi. Ma Roffredo formò altri due libelli allo stesso fine, ed il primo è così: « Alla presenza di voi comparisco io B. e mi lagno di M., che mi proibisce di ristaurare o purgare la mia cloaca, ch' è sita nel tale luogo fra me ed esso. Affinchè non mi proibisca più oltre, agisco contro di lui, ed a tal fine propongo l' interdetto delle cloache, o l' azione *in fatto* ad esso sostituita. » In tal modo concepirai il libello, quando vuoi purgare o ristaurare. Se poi fu immesso qualche cosa, per cui sia impedito l' uso della cloaca, allora dirai così:

V. « Alla presenza di voi A. comparisco io B., e mi lagno di M., che immise le tali cose nella mia cloaca, che sta fra me e lui, per le quali mi è impedito l'uso di essa. Laonde agisco contro lo stesso M. perchè rimuova quell' impedimento, ed a tal fine propongo l' interdetto sopra le cloache o l' azione in fatto ad esso surrogata. » E che il libello in quest' interdetto sia così rettamente concepito, lo provano i testi. Ma sembra che questi interdetti non abbiano luogo in guisa, che il libello si possa formare in tal modo; imperocchè, o mi compete il diritto di aver la cloaca, o non mi compete. Nel primo caso posso vietare a quello, che m' impedisce di ristaurare o purgare od immettere, mediante la negatoria; oppure posso avere la confessoria per vendicare liberamente quella servitù. Laonde invano si crede che quest' interdetto competa. Nel secondo caso, cioè, se non mi compete il diritto, il vicino mi può proibire mediante la negatoria, come se io non avessi alcun diritto sulle di lui case, o nel suolo comune avessi immesso o mutato qualche cosa senza suo assenso, essendochè nella cosa comune sia migliore la condizione del possidente.

VI. Del pari sembra all' opposto, che anche quando taluno non ha diritto, possa nientedimeno costruire una cloaca; perchè in questo interdetto, sebbene alcuno abbia usato per violenza o per preghiera, tuttavolta l'interdetto gli compete; locchè non avviene negli altri. Ma a ciò risponde Roffredo, dicendo, che in ambedue i casi si può sottin-

Digitized by Google

interdictum est poss. (1), *et hoc videmus in usufructuario, nam licet usufructuarius habeat confessoriam, nihilominus habet interdictum unde vi* (2). *Si autem non habet jus, est sibi utile et necessarium hoc interdictum, sufficit enim sibi talis qualis possessio. Nec dubitet aliquis ex eo, quod praetor fecerit mentionem in interdicto de hoc verbo, pertinet, unde videtur quod pertinere debeat saltem jure dominii, sed hoc ad factum extenditur, scilicet pertinet, id est, dirigitur, pervenit, et extenditur* (3).

VII. *Positiones autem et capitula actoris ita formari possunt: Ego B. dico quod illam cloacam volebam reficere vel purgare. Item quod inter me et te in tali loco est cloaca* (4). *Item quod tu me prohibuisti* (5). *Item quod volui, et volo tibi cavere nomine damn. infect.* (6). *Item quod tu immittis tale quid propter quod usus cloacae meae impeditur.*

VIII. *Reus vero potest ita positiones et capitula e contra formare. Ego M. dico, quod inter te et me in tali loco, in quo dicis, constituisti mihi servitutem, ut nihil ibi possis me prohibente, si hoc actor confitetur, absolvitur reus: Item dico, quod quando volebas reficere vel purgare cloacam, ego petii a te, ut caveres mihi nomine damn. infect. Item quod tu cavere recusasti. Item quod te Titius tantum prohibuit, et de his positionibus, et capitulis habetur per Rofred.* (7) *et per Specul.* (8). *Ponuntur formae libellorum, positiones actoris et rei in omnibus interdictis spectantibus ad materiam aquaeductus* (9), *et ideo ibi omnino videas* (10).

(1) *Ut patet per l. 1. D. de cloa. et nota, per Specul. in titul. de causa poss. et proprie, § privata.*

(2) *Ut D. de vi. et vi. armata, l. idemque, § unde vi.*

(3) *D. de cloacis, l. 1. § quod ait praetor.*

(4) *Ut l. prima. § cloaca. D. eod.*

(5) *D. l. prima, in princip.*

interdetto è possessorio, come si vede nell' usufruttuario; perchè sebbene l' usufruttuario abbia la confessoria, tuttavia ha l' interdetto *unde vi.* Se poi non ha diritto, questo interdetto gli è utile e necessario, però che gli basta qualunque possesso. Nè di questo dubiti alcuno per ciò che il pretore abbia fatto menzione in sì fatto interdetto della parola *pertinet*, onde sembra che debba spettare almeno per diritto di dominio, avvegnachè essa si estenda al fatto, intendendosi per essa, *si dirige, perviene, si estende.*

VII. Le posizioni poi o capitoli dell'attore così si possono formare: « Io B. dico, che volevo ristaurare o purgare quella cloaca. Parimente, che la cloaca è sita fra me e te nel tal luogo. Del pari, che me l' hai proibito. Del pari, che volli e voglio guarentirti del danno temuto. Del pari, che tu immetti certo che, per cui m'è impedito l'uso della mia cloaca. »

VIII. Il reo poi all'opposto può formar così le sue posizioni o capitoli. « Io M. dico, che essendo noi soli nel luogo di cui parli, m'hai costituito la servitù che niente possa fare qualora io lo proibisca (se ciò confessa l'attore, viene assolto il reo). Del pari dico, che quando volevi purgare o ristaurare la cloaca, io ti addimandai che mi guarentissi del danno eventuale. Del pari, che tu rifiutasti di guarentirmi. Del pari che Tizio soltanto ti fe' proibizione. » E di queste posizioni e capitoli trattano Roffredo e lo Speculatore. Le forme dei libelli e delle posizioni si trovano negli interdetti relativi all' acquidotto, e perciò osserveral totalmente quella materia (*a*).

(6) *Ut dicta l. prima, § primo et ff. si quis purganti.*

(7) *In hoc interdicto.*

(8) *In tit. de caus. poss. et proprie, § privata, in ultim. colum. in princip. versicul. sed nunquid licet mihi cloacam facere, et in illo, § privata.*

(9) *De quibus supra dictum est.*

(10) *Et adde circa istam materiam cloacae, quae dicam infra de servitute cloac.*

Digitized by Google

Intorno a ciò non posso che riferirmi a quanto ho detto nelle annotazioni al Capo XLVIII del Trattato I in generale e particolarmente nell' annotazione c di quel Capo.

Tale argomento è per le leggi presso noi vigenti di competenza amministrativa per esservi involti gli eminenti riguardi della pubblica sanità.

Solo quando non vi fossero involti quei riguardi e si trattasse del mero diritto ed interesse privato, può essere di competenza giudiziaria.

Lo stesso dicasi nel caso in cui taluno immettere volesse nella mia cloaca quel che non deve, o m' impedisse di rimoverne ciò che vi fu immesso, o m'impedisse l'uso di essa.

Anche il costruire pubbliche cloache è oggetto di competenza amministrativa.

Della servitù della cloaca, ossia del diritto di far passare e dell' obbligo di tollerare il passaggio della cloaca altrui sul proprio fondo, parlerò nelle annotazioni al Capo XII del presente II Trattato.

Digitized by Google

CAPUT VII.

DE SERVITUTE AQUAE HAUSTUS.

I. *Servitus aquae haustus quid proprie sit.* — II. *Servitus aquae haustus an servitus dicatur.* — III. *Servitus aquae haustus an realis vel personalis sit.* — IV. *Servitus aquae haustus an sit nominata vel innominata.* — V. *Servitus aquae haustus an sit rustica vel urbana.* — VI. *Servitus aquae haustus quomodo et qualiter et quando constitui possit.* — VII. *Servitute aquae haustus quomodo quis uti debeat.* — VIII. *Servitus aquae haustus quomodo amittatur.* — IX. *Pro servitute aquae haustus quo actione agatur.* — X. *Statuto si prohibeantur mulieres portare perlas, an fictas et contrafactas portare valeant.* — XI. *Interdicta de fonte, etc. et de fonte refic. ad hoc ut competant, quae requirantur.* — XII. *Libellus in interdict. de fon. et de font. refic. quomodo formari debeat.* — XIII. *Positiones interdict. de fon. et de fon. refic. quomodo formentur.*

I. *Servitus aquae haustus est jus hauriendi aquam de puteo* (1*) *vel fonte, vel de alia aqua vicini* (1), *sed ego addidi, vel de alia aqua: ut omnem aquam comprehendat, ex qua jus hauriendi aquam haberem* (2).

II. *Secundo loco, in dubium revoco, an aquae haustus servitus dicatur? Et*

CAPO VII.

DELLA SERVITÙ DI ATTINGER ACQUA.

I. Che cosa sia propriamente lo attinger acqua, — II. Se lo attinger acqua si appelli servitù. — III. Se sia servitù reale o personale. — IV. Se sia nominata od innominata. — V. Se sia rustica od urbana. — VI. Come, in qual modo e quando si possa costituire. — VII. In qual modo si possa usare la servitù d' attigner acqua. — VIII. Quando si perda. — IX. Con quale azione si agisca per questa servitù. — X. Se quando dallo statuto è vietato alle donne di portar perle, esse ne possano portare di false e contraffatte. — XI. Quali cose si richiedano affinchè competano gl' interdetti circa il *fonte* e del *fonte da ristaurarsi.* — XII. In qual modo si debba formare il libello in questi interdetti. — XIII. Come si formino le posizioni pegli stessi.

I. La servitù di attinger acqua è il diritto di prender acqua dal pozzo (1*) o dalla fontana, o da altra acqua del vicino. Così Azzone, ma io aggiungo: *oppure da altra acqua*, in guisa che comprenda ogni acqua, dalla quale avessi diritto di attingere (*a*).

II. In secondo luogo pongo in dubbio se l' attingimento dell' acqua si dica servitù.

Digitized by Google

riam agro vel laboratoribus in eo agro (1), *et ibi hoc vult Paul. de Castr. qui dicit, quod intelligit illum text. Quando servitus aquae haustus acquiritur per habentem praedium vicinum pro utilitate praedii, et tunc dicitur servitus realis, alias secus* (2), *ubi plene disputatum est, an hujusmodi servitutes sint reales vel personales: et quae sit utilitas hoc intelligere.*

III. *Tertio dubitari potest, qualis sit ista servitus, et primo an sit realis vel personalis, et hoc patet ex his quae proxime dixi.*

IV. *Quarto an sit nominata vel innominata. Et gloss.* in l. 1. § in praediis de servit. rust. praed. *tenet quod ista servitus et aliae ibi positae sint innominatae: et hoc ibi sequitur Paul. de Castr. Sed ego aliqua dixi supra* in 1. lib. in 2. divis. (3).

V. *Quinto, an ista serv. sit rusti. vel urb. collige ex his quae dicta sunt* (4).

VI. *Sexto quaeritur, quomodo et qualiter et quando constitui possit haec servitus? Et dic quod potest expressim concedi jus hauriendi aquam, et inest iter ad fontem vel aquam, et si concedatur jus ad fontem, inest et haustus aquae* (5). *Et praedicta intellige, quando tenet concessio haustus aquae, puta quia est facta in fonte privato, si autem non teneat, quia facta in flumine public., tunc non tenet itineris tacita concessio, quae expressim ad flumen publicum fieri potuit* (6). *Et ratio, quia quando expressum est invalidum, nec valet quod tacite inest. Simile habetur* (7), *et non solum si concedatur jus hauriendi aquam simpliciter, venit iter* (8), *sed etiam si concederetur haustus tantum* (9). *Item ista servitus aquae haustus imponi potest ac consuevit, quando aqua est perennis,*

qua necessaria al campo od a chi lo lavora, come pensa Paolo di Castro; il quale dice, che il testo relativo procede allorquando la servitù d'attinger acqua è acquistata da chi ha un fondo vicino per utilità di questo, ed allora si dice servitù reale; diversamente no, come notano la Glossa ed i Dottori, e come dissi nel capo anteriore, nella 2. ques. princ., ove disputai se tali servitù sieno reali o personali, e come sia utile il conoscerlo.

III. In terzo luogo si può dubitare sulla qualità di tale servitù, ed innanzi tutto se sia reale o personale: lo che si apprende per ciò che dissi poc' anzi (*b*).

IV. In quarto luogo, se sia nominata. La Glossa tiene che questa e le altre servitù poste nella legge 1. *ff. de serv. rust. praed.* sieno innominate; il che pensa pure Paolo Castrense. Ma io già discorsi su ciò nel lib. 1. div. 2 (*c*).

V. In quinto luogo, se questa servitù sia rustica od urbana? Ritraggi questo da ciò pure, che dissi nel lib. 1. div. 4 (*d*).

VI. Si chiede, come, qualmente e quando essa si possa costituire? Rispondi, che si può concedere espressamente il diritto di attinger acqua, ed è congiunto il passaggio alla fontana od all'acqua; e se vien concesso il diritto al fonte, v'è unito lo attinger acqua. Le quali cose intendi procedere, quando la concessione di attinger acqua è valida, esempligrazia, perchè è fatta circa una fontana privata; se poi la concessione non è valida, perchè fatta rispetto un fiume pubblico, allora la tacita concessione del passaggio non tiene, perchè si poteva fare espressamente per al fiume pubblico. E la ragione si è questa: che quando l'espresso è invalido, neppur vale ciò che tacitamente è congiunto. La stessa cosa si rieava dal Codice; ed il passaggio viene, non solamente quando il diritto di attinger acqua è concesso semplicemente, ma anche quando si concedesse l'attingimento soltanto. Parimente questa servitù di attingere si può imporre, anzi è costume di farlo, quando

(1) *Ut not. gloss. in d. § inter rusticorum, et probatur in dict. 8 fin.*

(2) *Ut nota, per gloss, et Dd. in l. ut pomum, D. de serv. et l. pecoris, D. de servitut. rust. praed. et per gloss. Bart. et Dd. in l. Mela, § fin. quod declara, ut plenissime dixi supra in 1. lib. in princip. post distinctionem servit. in versicul.; sed dubium pulchrum et subtile, quomodo cognoscatur, etc. etc. in titul. praecedenti, 2. quaestion. principali.*

(3) *Servit. versic. 2. divisio servitutis est, dic. ut ibi.*

(4) *In 1. lib. in 4. divis. servitutis, versic. 4. divisio servitutis est.*

(5) *Ut l. 1. § qui haustum, D. de serv. rust. praed. et not. gloss. fin. in l. quamvis, C. de fidejusso. et Azo in summa, Cod. de servitut. § haustus aquae.*

(6) *Ut dict. l. 3. § ult.*

(7) *Cod. si pen. appel. mors. inter l. si is qui. D. de dom. inter vir. et uxor. l. si sponsus, § si maritus, et not. per gloss. et Dd. in d. § fin.*

(8) *Ut dixi per d. l. 3. § fin.*

(9) *Ut probatur in d. § fin. l. ner. tantum, et l. 1. § 1. D. si ususfruct. pe. et ibi gloss. in versicul. aditus, et per l. per servum, § 1. et ibi gloss. D. de usu. et hab. et l. si ita scriptum, § regula. D. de liber. et post.*

Digitized by Google

sed duci non potest ut putealis: et quae ita est submersa, ut defluere extra meatus suos, et usui esse non possit (1). *Item aquae haustus potest per eundum locum ut hauriatur, pluribus concedi, sicut aquaeductus, ut eisdem vel diversis diebus et horis ducatur vel hauriatur, si aqua sufficiens est* (2). *Item potest concedi uni ut alteri cedat* (3). *Item non potest haec servitus aquae haustus imponi in alieno, nisi vicinum habeat fundum ille, cui servitus constituitur* (4), *nec potest ultra concedi quam quatenus ad eum fundum opus sit* (5). *Item via publica interveniente servitus haustus constitui potest; et non solum si via publica interveniat, sed etiam si flumen publicum, si non sit impedimento transeunti magnitudo fluminis, puta quia vado transiri potest* (6), *sed loco religioso vel sancto quo fas non sit uti, tunc non potest servitus haustus constitui, vel si in medio sit fundus alienus inter me et te, nisi medius dominus iter ad transeundum concesserit* (7). *Similiter si ex flumine publico haustu aquae velim uti, et illi flumini ager tuus proximus sit, iter ad flumen concedi potest, alias ad flumen pro aqua haurienda ire non posset* (8). *Et est ratio, quia regulariter non potest quis ire per fundum alienum domino nolente* (9). *Fallit in quibusdam casibus* (10).

VII. *Septimo quaeritur quomodo quis uti debeat servitute aquae haustus? et in hoc considera cui debeatur servitus aquae haustus, et quis debeat servitutem. Si quaeris de eo cui servitus debetur, dic quod ipse debet uti eo modo, quo uti solitus est, vel est sibi concessum* (11), *et debet ita uti, ut alii non cedat, nisi domino aquae volente* (12). *Si vero quaeris de servitute debente, dic quod non debet alias fa-*

l' acqua è perenne, ma non si può condurre come acqua di pozzo, e come quella ch' è sì profonda, che non può scorrere fuori del suo letto, e non si può usare. Del pari l' attingimento dell' acqua può esser concesso a più persone nello stesso sito, come l' acquidotto, affinchè sia condotta od attinta negli stessi od in diversi giorni ed ore, qualora essa sia sufficiente. Del pari può esser concessa ad uno perchè ceda ad un altro. Del pari non può questa servitù essere imposta nell' altrui, se quegli cui viene costituita non abbia il fondo vicino; nè può esser concessa se non in quanto occorra a quel fondo. Parimente si può costituire essendovi interposta la pubblica strada, e non solo se vi è in mezzo la strada pubblica, ma sì anche se v' ha un fiume pubblico, purchè però la grandezza del fiume non valga di impedimento a chi passa, per esempio, perchè bisogna passarlo a guado. Che se si tratta di un luogo religioso o santo, del quale non è lecito usare, allora la servitù di attinger acqua non può essere costituita; come pure se fra me e te stia nel mezzo un fondo altrui, purchè il padrone di questo non abbia concesso il passaggio per esso. Similmente se io voglio usare dell' attingimento dell' acqua dal fiume pubblico, ed a quel fiume sia prossimo il tuo campo, può concedersi il passaggio al fiume; altrimenti non si potrebbe andar al fiume per attinger acqua. E la ragione si è: che di regola nessuno può passare pel fondo altrui, negandolo il suo padrone. Lo che però fallisce in certi casi, come dissi più sopra (*e*).

VII. In settimo luogo si chiede in qual modo si debba usare della servitù di attinger acqua. Rispetto a ciò, considera a chi è dovuta la detta servitù, e chi la debba. Se si tratta di quello cui è dovuta, rispondi, che egli deve usare in quel modo, nel quale è solito o che gli è concesso; e deve usare in guisa da non ceder l' uso ad altri, se non qualora il padrone dell'acqua lo permetta. Se poi si tratta di chi deve la servitù, rispondi che

Digitized by Google

dere (1), *et ea quae dicuntur in d. q. pr. possunt adduci ad declarationem hujus q. Et adde quod ille qui habet jus hauriendi aquam, non debet etiam de publico in eo jure turbari, quo usus est tanto tempore, cujus non extat memoria* (2).

VIII. *Octavo quaeritur quomodo et quando amittatur ista? Dic si quis habet haustum per tempus quo servitus amittitur; et non ierit ad fontem, nec aquam hauserit, haustus iter amisit* (3) *secundum unam lecturam gloss.* 1. *videlicet quod ibi dicatur* (4), *ut est ibi text.* secundum aliam lect. gloss. *videlicet quod ibi non sit illa dictio* non; *et ista secunda lectura est melior, quia prima non habet dubitationem* (5), *quod qui perdit principale* (2*), *perdit accessorium, vel qui amisit antecedens, amittit consequens, et vide quae not. Innoc.* (6) *quod sequitur Anch.* (7). *Nec obst.* l. si partem 19. in princ. eod. tit. *quia ibi loquitur in jure quaerendo.* l. Labeo. *loquitur in jure quaesito perdendo, et quanto tempore amittantur servitutes* (8). *Item amittitur ista servitus, si quis alia aqua usus fuerit, de qua in servitute imponenda non est actum* (9). *Sed quid si ivi per aliam viam ad hauriendum per* 10 *annos, non per constitutam, an utrumque sit amissum, scilicet jus itineris, et jus aquae haustus* (10)? *distinguit, si haustus est accessorius itineri, quod esse potest, ut ibi, et supra dixi: et tunc utrumque amittitur: si e contra, non: quia iter est accessorium ad aquae haustum* (11). *Si autem utrumque principaliter tenetur, iter retinetur etiam per haustum* (12). *Multis etiam aliis modis potest amitti ista servitus aquae haustus, quos collige ex his quae dixi supra* (13).

IX. *Nono quaeritur, qua actione agatur: Respondeo, si quis vult se fundare ex eo quod constituta sibi sit servitus aquae haustus, et agere petitorio: tunc*

(1) *Ut est text. in l.* 2. *ff. de rivis, et dixi supr. titul. proxim. in* 8. *quaest. princ. versic. sed circa praedicta dubitari potest.*

(2) *Ut d. l.* 3. *C. de aquaeduct. et ibi per Bart.*

(3) *L. Labeo,* 16. *alias incipit, si is.*

(4) *Non ierit. ff. quemadmod. servitut. amitt. l. item si ierit. ad fontem, et aquam non hausit.*

(5) *Secundum Flor. ibi, et sic. not.*

(6) *Per d. l. Labeo. in c. cum officii in gloss.* 1. *vers. est not. extra de praescript.*

(7) *Et not. in dict. l. Labeo.*

(8) *Vide ea quae dixi in* 1. *lib. in* 19. *qu. princ. et in tit. praecedenti in* 10. *q. princip.*

dacendo un luogo aperto a terreno chiuso. Ed aggiungi, che quegli che ha il diritto d'attigner acqua, non deve esser turbato nemmeno dal pubblico in quel diritto, del quale usò per tanto tempo di cui non resta memoria (*f*).

VIII. In ottavo luogo si chiede come e quando si perda questa servitù? Rispondi: se alcuno ha l'attingimento e non sia andato alla fonte, nè abbia attinto acqua per tutto quel tempo nel quale la servitù si perde, egli ha perduto il passaggio e l'attingimento. Un'altra lezione però del testo della legge *Labeo ff. quemad. serv. am.* non reca la parola *non*, e questa lezione è migliore, perchè non lascia dubbio, che chi perde il principale (2*) perde eziandio l'accessorio, oppure che chi perdette l'antecedente perde anche il conseguente; e vedi in proposito ciò che dice Innocenzo seguito dall'Ancarano. Ned osta a ciò la legge *si partem* 19 *ff. eod. tit.*, perchè parla del diritto da acquistarsi, mentre la legge *Labeo* parla della perdita del diritto acquistato. Del pari si perde questa servitù, se alcuno abbia usato di acqua diversa da quella che fu pattuita nell'imposizione della servitù. Ma che sarà, se io andai per altra strada ad attinger acqua pel corso di 10 anni, e non per la convenuta? avrò io forse perduto il diritto di passaggio, e insieme quello di attinger acqua? La Glossa distingue: Se l'attignimento è accessorio al passaggio, lo che può essere, come ho detto sopra, ed allora si perdono amendue. Se al contrario, non si perdono, perchè il passaggio è allora accessorio all'attingimento. Se amendue le servitù poi sono dovute principalmente, il passaggio si conserva mediante l'attingimento. In molte altre guise eziandio questa servitù di attingere può esser perduta, le quali desumersi da ciò che dissi nel capo precedente (*g*).

IX. In nono luogo si chiede con quale azione si agisca per essa? Rispondo: se alcuno vuole fondarsi in ciò, che gli sia costituita la servitù di attinger acqua ed agire

(9) *L. si quis alia in princ. et l. si communem D. quemad. serv. amit. et l.* 1. § *illud autem de aqua quot. et aestiv.*

(10) *Gloss. in l.* 3. § *qui habet haustum. in versi. ad hauriendum. D. de serv. rust. praed.*

(11) *Argum. C. si penden. app. mors inter l. si is.*

(12) *Ut d.* § *qui habet haustum ibi, sive hauriendi aquam arg. C. de agri. et censi. l. cum sancimus.* § *fin. lib.* 11.

(13) *Tit. proxim. in d. q. princip.*

Digitized by Google

competit actio confessoria (1). *Si quis vult agere possessorio, prodita sunt duo interdicta. Unum est de fonte, quod competit quando quis habet jus hauriendi aquam de fonte vel puteo, vel piscina, vel lacu, et ab aliquo impeditur. Aliud est interdictum de fonte reficiendo, et competit quando quis vult fontem, vel puteum, vel piscinam, vel lacum, quorum aqua utitur, reficere vel purgare, et ab aliquo impeditur* (2), *et ita Joann. in arbore sua actionum posuit duos circulos, in quibus descripsit haec duo interdicta, secundum Spec.* (3) *et Rofred.* (4). *Et adverte quia ista interdicta de fonte reficiendo vel purgando competunt pro aqua non viva, et sunt directa: quia verba leg. et mens concurrunt, et ita loquitur totus tit.* ff. de fonte (5). *Sed si est aqua non viva, sicut cisterna, quae hymbribus concipitur* (6), *sicut in multis locis communiter non reperitur aqua viva, ut in Apulia, vel Venetiis, et tunc videtur, quod non competat hoc interdictum* (7). *Tamen secundum Rofr.* (8) *ille text. debet intelligi, quod etsi non competat aliquod interdictum de praedictis directe, quia verba edicti de fonte deficiunt: tamen utile interdictum competit: et ita etiam tenet Barthol.* (9) *et illum text. dicit eleganter Bart. facere ad quaest.*

in petitorio, allora gli spetta l'azione confessoria. Se alcuno poi vuole agire in via possessoria, gli spettano due interdetti; dei quali uno è quello *della fontana*, che compete allorquando alcuno ha il diritto di attinger acqua dal fonte, dal pozzo, dalla piscina, dal lago, e n'è impedito da un altro. L'altro è quello *della fontana da ristorarsi*, che spetta allorchè alcuno vuole ristaurare o purgare la fontana, il pozzo, la piscina od il lago dell'acqua de' quali fa uso, e n'è impedito da un terzo. Epperò Giovanni da Pavia nel suo albero delle azioni pose due cerchi, nei quali descrisse questi due interdetti, secondo lo Speculatore e Rofredo. Ed avverti, che questi due interdetti competono per l'acqua viva, e sono diretti, perchè a ciò concorrono le parole e la mente della legge, ed in questo senso parla tutto il titolo *Dig. de fonte*. Ma se l'acqua non è viva, ma esempigrazia, di cisterna, che si forma con le pioggie, come suole accadere in molti luoghi, per esempio in Puglia ed in Venezia, allora sembra, che questi interdetti non competano. Nondimeno, secondo Roffredo, i testi devono essere intesi in guisa, che sebbene non competa direttamente alcuno dei citati interdetti, perchè mancano le parole dell'editto sulla fontana; tuttavolta spetti l'interdetto utile, come pensa Bartolo, il quale dice che i testi in proposito servono alla seguente quistione.

X. *Statuto prohibetur sub poena mulieres portare perlas, modo quaedam mulier portat perlas fictas et contrafactas, an puniatur poena statuti? Et dic quod non, debent enim naturales et non fictae esse* (10), *et ita alias judicavi in civitate Veronae. Et adde quod portare perlas vel vestes prohibitas non est proprie delictum, sed quaedam abusio* (11), *et talis abusio est levis, ideo propter eam quis non esset corpore puniendus* (12), *et talia statuta sunt irrationabilia, ideo non debent extendi secundum Bald.* (13) *et circa istam materiam statutorum prohibentium portare perlas vel certas vestes, vel loca-*

X. Per lo statuto è vietato sotto certa pena alle donne di portar perle: ora certa femmina porta perle false o contraffatte; si ella forse punita colla pena dello statuto? Rispondi che no; perchè devono essere naturali e non finte. Così giudicai altre volte in Verona. Ed aggiungi, che il portar perle o vesti proibite non è propriamente delitto, ma un certo abuso leggiero; laonde per esso nessuno dovrà esser punito nel corpo. E siccome tali statuti sono irragionevoli, così non si debbono estendere, secondo Baldo; e intorno a questa materia vedi ciò che dicono i Dottori, e che dissi io pure ne' testi

(1) *L. 2. § 1. ff. si servit. vend. et ibi plene per Flor. et Dd. et per Bart. Dd. in l. si prius ff. de nov. oper. nunc.*

(2) *Ff. de fonte. l. 1. § 1. et § deinde ait.*

(3) *In titul. de causa poss. et proprie et privata. vers. porro plerumque quis habet.*

(4) *In tit. de fonte reficiendo, in princ.*

(5) *Maxime l. 1. § hoc interdictum de cisterna eod. tit. l. 1. § loquitur. ff. de aqua quot. et aestiva.*

(6) *Ut d. § hoc interdictum de cisterna.*

(7) *Per d. §.*

(8) *Praedictis tit.*

(9) *In d. § hoc interdictum de cisterna.*

(10) *Argum. d. § hoc interdictum de cisterna.*

(11) *Secundum Cyn. in consilio suo, quod incipit, in studio Azardi.*

(12) *Ut not. Bald. in l. quicquid in 3. colum. C. de servis fugi.*

(13) *In l. quod non ratione. in fin. ff. de leg.*

Digitized by Google

lia (1). *Et adde quod pro isto jure hauriendi aquam, vel ducendi, quando quis non permittit me uti, vel amovit ipsum aquae haustum, vel ipsam aquam, possum implorare officium judicis, ut faciat me retinere, coercens adversarium, et rei competentem formam dans: et hoc quando habebam illum usum jure servitutis, alias competeret confessoria* (2), *ita dicit Specul.* (3).

XI. *Undecimo quaeritur quot sint necessaria ad hoc, ut illa duo interdicta competere possint? et dic secundum Rofred.* (4), *quod sex sunt necessaria. Primum, quod fons sit, sive puteus, vel lacus, vel piscina. Secundum, quod in illis sit aqua viva, alias non habet locum hoc interdictum directe, sed utile* (5). *Tertium, ut prohibeatur sive haurire aquam, sive puteum aperire, ut ibi. Quartum, quod quis velit purgare fontem, vel lacum, vel puteum, vel piscinam* (6). *Quintum, quod ille qui fuit usus, fuerit usus hoc anno, non vi, non clam, non precario* (7). *Sextum, quod ita quis utatur vel purget eo modo, sicuti consuetus est uti, sive purgare* (8), *si vero quis velit purgare fontem vel coercere aquam ne fluat, vel dilabatur, non competit hoc interdictum* (9).

XII. *Duodecimo quaeritur quomodo debeat formari libellus in his interdictis? Dic in interdicto de fonte potest sic formari: Coram vobis, etc. compareo ego B. et conqueror de M. qui me prohibet vel impedit uti aqua de fonte, lacu, puteo, vel piscina tali, cujus tales sunt fines: quia aqua usus sum hoc anno non vi, non clam, non precario, unde ne me impediat uti, sicut usus sum hoc anno, ago contra ipsum: et ad hoc propono interdictum de fonte, vel actionem in factum: ista forma libelli probatur* (10). *In interdicto vero de fonte reficien. potest ita libellum concipere: Coram vobis, etc. compareo ego B. contra Titium, qui me prohibet purgare talem fontem, vel reficere piscinam, lacum, vel puteum, cujus tales sunt fines,*

relativi. Ed arroge, che per questo diritto di attinger acqua o di condurla, quando taluno non permette ch' io ne usi, o toglie lo stesso attingimento o la stessa acqua, posso invocare l' ufficio del giudice, onde mi conservi nel possesso, costringendo l' avversario e regolando convenientemente la cosa. Ciò però quando io abbia quell' uso per diritto di servitù, altrimenti mi competerebbe la *confessoria*, come dice lo Speculatore.

XI. In undecimo luogo si chiede quante cose sieno necessarie affinchè i due indicati interdetti possano competere? Rispondi, secondo Roffredo, che sono necessarie sei cose. 1.° Che vi sia una fontana, od un pozzo, od un lago, od una piscina. 2.° Che in essi si contenga acqua viva, altrimenti non compete l' interdetto diretto, ma l' utile. 3.° Che venga proibito, o di attinger acqua o di aprire il pozzo. 4.° Che alcuno voglia purgare il fonte, od il lago, od il pozzo, o la peschiera. 5.° Che quegli che ne fece uso, abbia usato nell' ultimo anno, non di soppiatto, nè per forza, nè per preghiera. 6.° Che purghi od usi in quel modo nel quale era solito di purgare o di usare. Se però taluno vuol purgare la fontana o costringer l' acqua a non iscorrere o discendere, quest' interdetto più non gli compete.

XII. In duodecimo luogo si dimanda: in qual modo si debba formare il libello per questi interdetti? Rispondi: per quello *della fontana* può formarsi così: « Alla presenza di voi ed altri comparisco io B. e mi lagno di M. che mi proibisce od impedisce di usare dell' acqua del fonte, o lago o pozzo o peschiera tale, i di cui confini sono i tali; imperocchè io ho usato di detta acqua in quest' anno non di nascosto, nè per forza o preghiera. Affinchè non mi impedisca più oltre nell' uso, agisco contro di lui, ed a tal fine propongo l' interdetto *della fontana* o l' azione *in fatto*. » Questa forma di libello è provata da' testi. — Nell' interdetto poi della fontana da ristaurarsi, il libello può esser concepito così: « Alla presenza di voi ecc. comparisco io B. contro Tizio, il quale mi vieta di purgare la tale fontana, o di ristaurare la peschiera o il lago o il pozzo, del

(1) *Vide quae not. Joan. And. in ea quae fiunt a judice. de reg. jur. in 6. in mercurialibus et per Albert de Ros. in l. factum a iudic. ff. de reaul.*

(3) *In titul. de offic. judic. § 2. versicul. item imploratur loco principalis actio.*

(4) *In titulo de interdicto. de fonte reficiendo.*

Digitized by Google

unde ne me prohibeat purgare praedicta, sicut est mihi jus purgandi: vel non impediat uti, sicut usus sum hoc anno, non vi, non clam, non precario, ago contra ipsum, et ad hoc propono interdictum de fonte reficiendo, vel actionem in factum: et probatur ista libelli conceptio (1).

XIII. *Decimotertio et ultimo quaeritur, quomodo formentur positiones vel capitula? Et primo actor potest ita formare. Ego A. dico quod in tali loco cujus tales sunt confines, est fons, vel puteus, vel lacus, vel piscina. Item quod in illis est aqua viva, et hoc dicas, quod est aqua viva, et competit interdictum directe: sed si non est aqua viva, hoc non dicas, et competit utile interdictum* (2). *Item quod tu prohibes me uti aqua illa, non vi, non clam, non precario. E contra autem poterit reus ita dicere: Ego M. dico quod in tali loco fuit fons, sed desiit esse, et si hoc confitetur actor, succumbit. Item quod in illo est aqua collecta de sudoribus, et si hoc actor confitetur, succumbit: quia non competit interdictum, nisi pro aqua viva, quod intellige de directo: sed utile bene competit, ut saepius dictum est. Item quod tu usus fuisti hoc anno aqua illa, vi, clam, vel precario a me. Item quod Titius te prohibet uti aqua illa vel purgare fontem aliter quam usus fueris. Item vis quaerere venas, sive aperire* (3).

(1) *In l. 1. § deinde D. de fonte. et de his vide Rofred. in hoc interdicto de fonte reficiendo, et per Specul. in titul. de causa possess. et proprie § privat. versi. porro plerumque quis.*

(2) *Ut dixi in 7. quaest.*

quale i confini sono questi. Affinchè non mi proibisca di purgarlo, com' ho diritto, o non m' impedisca di usarne, come ne ho usato in quest' anno, non per forza, nè nascostamente, nè per preghiera, agisco contro di lui, ed a tal fine propongo l' interdetto *della fontana da ristaurarsi*, oppure l'azione *in fatto*. » E questa forma di libello è approvata da' testi.

XIII. In tredicesimo ed ultimo luogo si chiede, in qual modo si formino le posizioni o capitoli? L'attore può formarli così: « Io A. dico, che nel tal luogo, del quale i confini sono tali, vi è una fonte, o un pozzo, o un lago od una peschiera Del pari, che in essi vi è acqua viva (e questo dirai, e competerà il diretto interdetto; ma se non è acqua viva, tu nol dirai, e competerà invece l' utile). Del pari, che tu mi proibisci di usare di quell'acqua, non per forza, nè di soppiatto, nè precariamente. » All'opposto il reo potrà formarli così: « Io M. dico che nel tale luogo v' era una fontana, ma cessò di gettar acqua, oppure, che questa è colatizia (se l'attore confessa ciò, soccombe, perchè l' interdetto non compete fuorchè per l' acqua viva, ed intendi il diretto; però gli spetta anche l' utile, come fu detto più volte). Del pari, che tu hai usato in quest' anno di quell' acqua per forza, nascostamente o precariamente. Parimente, che Tizio ti proibisce di usare di quell' acqua o di purgare la fontana in modo diverso da quello, nel quale hai usato. Del pari, che vuoi cercare le vene od aprirle (*h*). »

(3) *Ut D. de fonte. l. 1. § fin. et de hoc vide per Rofred. in hoc interdicto de fonte reficiendo, et Specul. in titul. de causa posse. et proprie vers. porro, plerumque quis habet jus.*

(1*) *Aquam de puteo vicini.* — Servitute aquae hauriendae de puteo vicini debet quis uti de die, non de nocte (1), et ibi Bart. (2) Ludo. (3) qui dicit illum text. esse ad hoc sing. si non utatur de die, perdit eam, licet utatur de nocte tantum (4).

(2*) *Principale.* — Principale trahit ad se accessorium etiam preciosius ipso principali (5). Et princi-

(1*) *Acqua del pozzo del vicino.* — Chi ha la servitù di attinger acqua dal pozzo del vicino, deve usarne di giorno, non già di notte. Così Bartolo, e Lodovico dice che v'ha un testo singolare, pel quale se non ne usa di giorno, perde la servitù, benchè attinga di notte soltanto.

(2*) *Principale.* — Il principale trae seco l' accessorio, ancorchè più prezioso dello stesso principa-

Digitized by Google

Essa è il diritto di attingere acqua dalla fonte o dal pozzo di un altro. In ciò s'intende compreso il passaggio in quanto sia necessario al di lei esercizio.

E l'Haimberger nel suo diritto romano privato e puro § 279 dice, avere la servitù *aquae haustus* luogo, quando il vicino soffrir dee che noi possiamo attinger acqua sul suo fondo. Con essa è sempre congiunto il diritto di accesso fino al fonte.

Siccome si può aver diritto di attinger acqua non solo dal fonte, non solo dal pozzo, ma da qualunque altro serbatoio d'acqua che ad altri appartenga, e siccome l'attingerla da un' acqua pubblica qualunque, non mi pare essere servitù nel senso della legge civile, ma mi pare essere l'esercizio di quella porzione, ad uno spettante, dell'uso pubblico e comune di cavare l'acqua stessa ch'è lasciato a tutti, come ho detto per la navigazione sul fiume, pel passaggio per una strada regia o comunale ecc. nell'annotazione *c* al Capo XVI del trattato I, sembrami eziandio che come servitù prediale nel senso della suddetta legge civile, quella della quale mi occupo consista nel diritto di attingere acqua da un' acqua privata altrui a vantaggio del proprio fondo.

Se è vero poi che nella maggior parte dei casi quella servitù verrà esercitata sul fondo del vicino, è vero del pari che può essere esercitata anche in fondo non vicino, come ho detto nell' annotazione *a* al Capo XII del suddetto Trattato.

Quindi nella mia definizione ho ommesso di qualificar l'acqua come quella del *vicino*.

Il § 477 n.° 2 del Codice austriaco chiama tale servitù prediale semplicemente quella di cavar acqua, s'intende sul fondo altrui secondo il § 474.

Ed il § 496 dice che al diritto di cavar acqua appartenente ad altri va unito anche quello dell' accesso.

Anche questa servitù è compresa fra quelle che ponno essere stabilite dai proprietarii di fondi secondo l'art. 686 del Codice Napoleone.

L' art. 696 poi di quel Codice parla del diritto di passaggio ad essa necessariamente congiunto.

(*b*) Quando il diritto di attinger acqua sia servitù prediale, e quando sia invece servitù personale, che in quest'ultimo caso a mio credere sarebbe d'uso, lo si potrà desumere dietro quanto ho detto nell' annotazione *c* al Capo II del Trattato I.

Ho detto poi nell' annotazione *a* al Capo III di quel Trattato quando vi abbia servitù personale od invece semplice obbligazione personale.

Ciò è applicabile eziandio al suddetto diritto di attinger acqua.

(*c*) Questa servitù è nominata, per quanto ho osservato nell'annotazione *a* al Capo IX del suddetto trattato.

(*d*) Essa può essere tanto rustica quanto urbana secondo quanto ho scritto nell'annotazione *a* al Capo XI del Trattato stesso.

(*e*) Qui il Cipolla domanda come, qualmente e quando possa costituirsi la servitù di attingere acqua, e parla dell'acqua pubblica e della privata.

Anch'io distinguo fra l'una e l'altra acqua.

1.° In quanto all' acqua pubblica.

Ho detto nella precedente annotazione *a*, non sembrarmi il diritto di attingere acqua pubblica, servitù nel senso della legge civile.

Qui aggiungo che ad ognuno è permesso di attingere quell' acqua perchè serve all' uso pubblico e di tutti, a meno che la pubblica autorità non lo divieti, il che non farà se non per pubblici comprovati riguardi.

A quell' autorità poi spetta regolare il modo e stabilire il tempo ed il sito del per-

Digitized by Google

Dunque per l'articolo 694 non può acquistarsi se non mediante titoli, e non per prescrizione e non per destinazione del padre di famiglia.

Si ritiene però per certo, scrive Solon riportato nel trattato delle servitù del Pardessus pag. 230 della edizione da me altrove citata, che se la servitù di attinger acqua venisse esercitata mediante tromba collocata a perpetuità nel pozzo, essa potrebbe risultare da una delle disposizioni delle quali fa cenno l'art. 694 di quel Codice.

Non però se l'acqua venisse attinta, aggiunge il Solon, da fontana o sorgente esistenti nell'altrui fondo.

Per l'art. 643 del Codice Napoleone il proprietario di una sorgente non può deviarne il corso quando essa somministri l'acqua necessaria agli abitanti di un Comune, villaggio o borgata.

Se però gli abitanti non ne hanno acquistato o *prescritto* l'uso, il proprietario può pretendere una indennizzazione determinata da periti.

Siccome in questo caso l'acqua va a vantaggio delle persone degli abitanti di quei luoghi e non dei loro fondi, così il diritto di attingerla da quella sorgente non mi pare veramente servitù prediale secondo l'articolo 686 di quel Codice.

Mi pare essere invece un diritto sulla cosa cioè sulla sorgente, e specialmente un diritto d'uso, ch'equivale poi alla servitù personale del Codice austriaco.

Non essendo pel Codice Napoleone servitù prediale, il suddetto articolo 643 ammettendone l'acquisto per prescrizione, non viola la regola portata dall'altro articolo 691 pel quale nessun possesso sebbene immemorabile basta a stabilire le servitù prediali discontinue.

b) Pel Codice austriaco la servitù prediale di attingere acqua privata altrui si acquista in ognuno dei modi dei quali ho parlato nell'annotazione *a* al Capo XIX del Trattato I.

Se gli abitanti di un Comune, di un villaggio, di una borgata hanno secondo il Codice austriaco acquistato o prescritto l'uso dell'acqua di una sorgente privata e necessaria ai loro bisogni, e se l'hanno anche acquistato per espropriazione forzata come ho detto nell'annotazione *e* n.° 1 al Capo IV del presente Trattato, il diritto di attingerla non andando a vantaggio dei loro fondi ma delle loro persone, non mi pare servitù prediale, ma servitù personale d'uso.

c) Ho detto nell'annotazione *a* al presente Capo che alla servitù prediale di attingere acqua privata altrui va unito il passaggio o l'accesso per giungere all'acqua stessa.

d) Ho pur detto al n.° 14 dell'annotazione *g* al Capo IV del presente Trattato che può esservi servitù di estrazione e di condotta di acqua perenne e non perenne.

Per la stessa ragione può esservi eziandio servitù prediale di attinger acqua perenne e non perenne.

Del resto a quanto ho osservato in quell'annotazione mi riporto.

e) L'attingimento dell'acqua può essere concedutо a più persone nello stesso sito, quando, come ho detto al n.° 5 dell'annotazione *f* al Capo IV del presente Trattato, tutte possano attingerla senza che nessuna di esse e specialmente l'anteriore concessionario venga pregiudicato.

Mi par chiaro che possa essere eziandio conceduto negli stessi, o in diversi giorni ed ore, essendo sufficiente l'acqua.

f) Mi pare che la servitù prediale di attinger acqua non possa essere conceduta ad uno perchè ne ceda il diritto ad un altro, che non lo aveva.

Troverei a ciò applicabile quanto ho detto per la estrazione dell'acqua al n.° 3 lettera *b* e seguenti dell'annotazione *c* al suddetto Capo IV.

Anche se il diritto di attinger acqua fosse servitù personale, esso in regola pel § 507 del Codice austriaco non potrebb'essere in altri trasferito. E perchè no se è servitù prediale?

g) Sulla necessità che l'acqua debba essere attinta a vantaggio di un fondo vicino,

Digitized by Google

(e) Se all'acqua da attingere è possibile e permesso l'accesso al proprietario del fondo dominante, la relativa servitù prediale sarà esercibile: non lo sarà se l'accesso non ne è nè possibile nè permesso.

Ciò vale anche nel caso in cui fra il fondo dominante ed il serviente vi abbiano una strada pubblica, un fiume pubblico, un luogo sacro, religioso, o santo, un fondo privato altrui, per cui si debba indispensabilmente passare per attingerla.

(f) Il proprietario del fondo dominante usar dee della servitù di attinger acqua secondo il § 484 del Codice austriaco e secondo l'art. 702 del Codice Napoleone.

Intorno a ciò ho parlato per tutte le servitù prediali nelle annotazioni al Capo XXIII del Trattato I.

Il proprietario del fondo serviente si regola secondo il § 482 del primo e giusta l'art. 701 del secondo Codice.

Per soli comprovati pubblici riguardi l'autorità pubblica può togliere o limitare a chi lo ha il diritto di attingere acqua privata altrui.

(g) Del come cessino temporaneamente ossia s'interrompano le servitù prediali e del come cessino perpetuamente ossia si estinguano ho parlato nelle annotazioni al Capo XXIV del Trattato I.

Molto di quel che ivi ho detto è applicabile eziandio a quella di attinger acqua.

Ho detto nell'annotazione *a* al presente Capo che al diritto di attinger acqua è annesso quello del passaggio od accesso necessario ad attingerla.

Il diritto di attingimento è il principale e quello del passaggio od accesso è accessorio.

Dunque, perduto in qualunque modo legale il primo, è perduto anche il secondo diritto.

Se per tutto il tempo della prescrizione estintiva non ho attinto acqua nel serbatoio qualunque sul quale era costituita la servitù, ma invece in altro serbatoio, parmi che avrò perduto il diritto di attinger acqua nel primo di essi appunto per prescrizione atteso quel mio non uso.

Se per tutto il tempo di quella prescrizione andai per strada diversa da quella stabilita nella costituzione della servitù ad attingere acqua, non mi pare perduto il diritto stesso di attingerla, perchè o per una strada o per l'altra ne ho usato.

Potrebbe bensì essere per prescrizione perduto atteso il non uso il diritto di passare per la strada stabilita con quella costituzione, ed acquistato quello di andare per l'altra strada.

(h) In quanto alle azioni in giudizio cui può dar luogo la servitù di attingere acqua privata altrui osservo quanto segue, riferendomi alle annotazioni *d* al Capo II del Trattato I, *p* e *cc* al Capo I, ed *l* al Capo IV del II Trattato.

1.° Per le leggi francesi ed italiane, può essere fatta valere l'azione petitoria.

Non la possessoria, senza essere sussidiata dal titolo, perchè la servitù della quale ora mi occupo è discontinua.

2.° Per le leggi austriache trovo applicabile quanto ho detto per la servitù di acquidotto al n.° 2 dell'annotazione *l* al Capo IV del suddetto secondo Trattato.

Digitized by Google

CAPUT VIII.

DE SERVITUTE PECORIS AD AQUAM APPULSUS.

I. *Pecoris ad aquam appulsus quid sit.* — II. *Jus pecoris appulsus ad aquam an servitus sit.* — III. *Servitus appulsus pecoris ad aquam an nominata, vel innominata sit.* — IV. *Servitute appulsus pecoris ad aquam qualiter quis uti debeat.* — VI. *Servitute appulsus pecoris ad aquam qua actione aliquis uti debeat, et ut competat, quod necessaria sint: et quomodo libellus et positiones formentur.*

I. *Pecoris ad aquam appulsus est, habere jus appellendi pecoris agri mei per praedium vicini ad fontem vel puteum* (1).

II. *Sed dubium est, an istud jus pecoris appulsus ad aquam sit servitus? et videtur quod non: nam pecora sunt mobilia: et in pecoribus et in rebus mobilibus non consistit servitus praedialis, sed est quaedam facultas quae sapit in dubio realitatem: et si aliquis legat mihi jus pecoris appellendi, cedit hoc legatum a morte testatoris* (2). *In contrarium videtur, quod imo sit servitus praedio. rustic.* (3). *Sed tu dic: aut pecora sunt constituta ad agrum stercorandum, et debent vivere in fundo tuo, et tunc est servitus realis seu praedialis et rusticalis, ut in juribus proxime*

CAPO VIII.

DELLA SERVITÙ DI ABBEVERARE IL BESTIAME.

I. Che cosa sia l'abbeveramento del bestiame. — II. Se l'abbeveramento del bestiame sia servitù. — III. Se sia servitù nominata od innominata. — IV. In qual modo si debba usare di tale servitù. — V. Quale azione debba esercitare chi ha la servitù di abbeverare il bestiame, e quali cose sieno necessarie perchè compete; e come si formino il libello e le posizioni.

I. L'abbeveramento del bestiame è il diritto di spingere il bestiame del mio fondo alla fontana od al pozzo per il fondo del vicino (*a*).

II. Ma è dubbioso, se questo diritto di abbeverare il bestiame sia una servitù. E sembra che no, perchè il bestiame è cosa mobile, e la servitù prediale non cade sul bestiame e sulle cose mobili; ma piuttosto è una certa facoltà che sa di reale; onde se alcuno mi lega il diritto di abbeverare il bestiame, tale legato comincia dalla morte del testatore. All'opposto sembra, che anzi sia una servitù dei predii rustici. Ma tu di' così. Od il bestiame è destinato a concimare il fondo, e deve vivere nel tuo fondo, ed allora è una servitù prediale e rusticana, come si ritrae dai testi ora allegati; ed in-

Digitized by Google

nostra, alias secus (1) *et Azo.* in summa (2) *qui intelligit hanc esse servitutem, quando ex praedio meo non possem percipere aliam servitutem, nisi quod ibi contineantur pecora, vel etiam quando percipio ex funeo fructus vel segetes cultura pecorum, id est, boum, per quos colitur fundus, propter quod habeo necesse pecora appellere in fundum vicinum* (3).

III. *Tertio dubitatur, an ista servitus sit nominata vel innominata. Ego alias dixi remittendo me in titulo praecedenti in 3. quaestio. et idem dicas in septem servitutibus sequentibus.*

IV. *Quarto dubitatur qualiter uti debet quis hac servitute? dic quod non debet appellere majorem numerum pecorum ad aquam, et si major numerus appelletur: non in omnibus pecoribus, tunc puohibendum esse, Marcellus ait: quia pecora separari possunt, licet Trebatius dixerit universum pecus impune prohiberi: quia junctum pecus ei pecori, cui appulsus debetur, totum corrumpet pecoris appulsum* (4). *Et est ratio, quia in separabilibus utile* (1*) *per inutile non vitiatur* (5).

V. *Quinto et ultimo dubitari potest, qua actione agi debeat pro ista servitute, et quot sint necessaria ut competat, et quomodo formetur libellus et positiones sive capitula? Et breviter dic ut dictum est in titulo praecedenti, quia ea quae ibi dicta sunt, locum habere possunt etiam in ista servitute, et probatur* in leg. prima, § si quis uti. D. de fonte *et hoc sentit. Rofred.* (6) *et ponit tanquam paria, servitutem pecoris ad aquam appulsus, et servitutem haustus aquae, et similiter facit Speculator* (7).

(1) *Et ita tenet gloss. in dict. et inter rusticorum.*
(2) *In d. § pecoris.*
(3) *Et praedictis adde quae dixi in tit. praecedenti in 2. quaestio.*
(4) *Ut l. prima. § Trebatius. et § sequent. D. de aqua quotidiana et aestiva.*

(1*) *Utile.* — Utile per inutile non vitiatur (1). Et ibi vide Bald. qui ponit 10 casus in quibus utile per inutile vitiatur.

A questa foggia pensa anche Azzone nella *Somma*, il quale dice che questa è una servitù, allorquando dal mio fondo non potessi percepire altra servitù se non che in esso dimorasse il bestiame; oppure anche quando dal fondo percepissi frutti o biade mediante la coltura del bestiame, per esempio, dei buoi coi quali lo si coltiva, onde avessi necessità di spingere il bestiame nel fondo vicino (*b*).

III. In terzo luogo si dubita, se questa servitù sia nominata od innominata. Di ciò discorsi altra volta, e perciò rimando il lettore al titolo precedente nella terza questione, e così di' pure delle 7 servitù seguenti (*c*).

IV. In quarto luogo si dubita, in qual modo si debba usare di questa servitù? Rispondi, che non si deve condurre all'acqua maggior numero di bestie dello stabilito; e se ne viene spinto un numero maggiore, allora ciò dev'esser proibito, rispetto all'eccedenza, come dice Marcello; perchè il bestiame si può separare, sebbene Trebazio abbia detto che si può proibire impunemente a tutto il bestiame; dacchè il bestiame congiunto a quello, cui è dovuto l'abbeveramento, corrompe tutta la servitù. E la ragione si è, che nelle cose separabili l'utile (1*) non è viziato dall'inutile (*d*).

V. In quinto ed ultimo luogo si può dubitare con quale azione si debba agire per questa servitù, e quante cose sieno necessarie onde competa, ed in qual modo si formino il libello e le posizioni ossieno capitoli. Brevemente rispondi come nel capo precedente, perchè ciò che ivi fu esposto può aver luogo anche in questa servitù, lo che è provato da' testi; ed è opinione di Roffredo, il quale pone come simili la servitù di abbeverare il bestiame e quella di attinger acqua; e ciò pure fa lo Speculatore (*e*).

(5) *Ut ibi, et l. si' sponsus. § generaliter. ff. de donationibus inter virum et uxorem cum fundibus.*
(6) *In tit. de interdicto de fonte reficiendo.*
(7) *In titul. de possess. et proprie. § privata. versic. porro.*

(1*) *Utile.* — L' utile non è viziato dall' inutile. Vedi Baldo il quale pone 10 casi nei quali l'utile resta viziato dall' inutile.

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO VIII.

(*a*) La servitù *pecoris ad aquam appulsus* è chiamata dal Mackeldey il diritto di abbeverare il nostro bestiame sul fondo altrui. Vi è compreso l'*actus* in quanto sia nenessario.

E l'Haimberger la chiama il diritto di abbeverare il bestiame sul fondo del vicino.

Il § 477 n.° 2 del Codice austriaco chiama tale servitù prediale quella di abbeverare gli armenti nell'acqua altrui.

Certo che se il passaggio è necessario vi è congiunto.

Essa è compresa fra quelle che sono portate dall'art. 686 del Codice Napoleone.

Per l'articolo 696 anche il passaggio è accordato se necessario.

Si tratta sempre in questa servitù di abbeverare gli armenti nell'acqua privata altrui ed anche in fondo non vicino, come ho detto nell'annotazione *a* al Capo VII del presente Trattato.

(*b*) La servitù di abbeverare gli armenti all'acqua privata altrui sarà servitù prediale quando vada a vantaggio di un fondo, cioè quando gli armenti da abbeverarsi sieno pertinenza di questo fondo altrui.

Quando sieno pertinenza di un fondo l'ho detto nell'annotazione *c* al Capo IV del Trattato I.

Quando poi tale servitù non fosse imposta a vantaggio di un fondo, cioè quando gli animali non fossero pertinenza di esso, ma fosse imposta a vantaggio di una persona, come diritto reale operativo sul fondo altrui senza riguardo a persone specialmente obbligate ed operativo quindi contro ogni possessore di quel fondo, ella, come ho detto nell'annotazione *a* al Capo III del Trattato I, sarà servitù personale ed a mio credere d'uso.

Vi avrà invece semplice obbligazione personale quando l'obbligo di abbeverare gli armenti non sia imposto sul fondo altrui come diritto reale, ma puramente a carico di una data persona specialmente obbligata.

Veggasi del resto quanto ho detto in quella ultima annotazione.

(*c*) Questa servitù prediale è nominata per quanto ho osservato nell'annotazione *a* al Capo IX del Trattato I.

(*d*) In generale il proprietario del fondo dominante usa di questa servitù secondo il § 484 del Codice austriaco e secondo l'articolo 702 del Codice Napoleone.

Ed il proprietario del fondo serviente si regola pure in generale secondo il § 482 del primo e secondo l'art. 701 del secondo Codice.

Per quello che riguarda il numero delle bestie da condursi all'acqua altrui osservo in particolare quanto appresso.

1.° Pel Codice austriaco:

Il § 503 di esso stabilisce che i principii fissati pel diritto di pascolo sono da applicarsi (in quanto per la natura delle rispettive servitù possano esserlo) non solo al diritto di prendere gli animali, di tagliar legne e di cavar pietre, ma eziandio alle altre servitù.

Dunque sono applicabili anche alla servitù di abbeverare gli armenti in quanto per la natura di essa trovar possano applicazione.

Quindi pel § 498 se nell'acquisto del diritto di abbeverare fu determinato il numero delle bestie, a quel numero si deve stare.

Digitized by Google

Questa ultima disposizione avvalora la opinione da me sostenuta anche in riguardo al diritto di estrazione dell'acqua al n. 3 lett. *b* e seguenti dell'annotazione *c* al Capo IV del presente Trattato, che, naturalmente quando non vi abbia su ciò convenzione fra i due proprietarii del fondo dominante e serviente, la servitù prediale non possa essere conceduta ad uno, onde questo poi la ceda ad un altro che non ne ha diritto, opinione che trova appoggio anche nel § 485 pel quale nessuna servitù può trasferirsi arbitrariamente ad altra cosa o persona.

2.° Per la legge francese poi, ecco quanto in proposito trovo nel Pardessus trattato delle servitù prediali pag. 230 in nota.

È importante indicare nel titolo della servitù di abbeverare il bestiame all'acqua altrui il numero delle bestie da abbeverarsi.

Se il proprietario del fondo dominante non ha diritto che di abbeverarne un dato numero non può aumentarlo.

Se il numero non n'è stato fissato, i giudici prendere dovrebbero in considerazione le bestie che il proprietario del fondo dominante aveva abitualmente nelle sue stalle al tempo dello stabilimento della servitù. Finalmente se tal numero non potesse essere fissato, dietro le indicazioni qui sopra espresse, sarebbe indispensabile ricorrere ad esperti ed incaricarli di determinare più esattamente che sia possibile il numero delle bestie che abitualmente vi si tengono o che si allevano sulle proprietà della stessa importanza del fondo dominante. Allora mediante il confronto si determina il diritto.

3.° A me poi sembrerebbe che, pel Codice austriaco, se in quanto al numero delle bestie da abbeverarsi sono applicabili i principii sul diritto di pascolo, questi principii, in quanto il comporti la indole della servitù di abbeverare il bestiame, fossero applicabili anche alla specie delle bestie da abbeverarsi, ed al tempo ed alla misura dell'uso relativo.

Così p. e. sarebbero secondo il § 499 da escludersi dall'abbeveramento i bestiami immondi e malsani.

Così pel § 502 in regola chi ha diritto di abbeverare sul fondo altrui i proprii animali non potrebbe escludere il proprietario di quel fondo dall'abbeverarvi i suoi.

Le restrizioni invece sulla specie degli animali portate dal suddetto § 499 sembrandomi relative esclusivamente al diritto di pascolo, non mi sembrerebbero applicabili a quello di abbeverare il bestiame, quando il titolo, od il possesso (usucapione) di questa ultima servitù non le avessero stabilite.

(*e*) In quanto alle azioni in giudizio cui può dar luogo la servitù di abbeverare il bestiame all'acqua privata altrui, essendo anch'essa pel Codice Napoleone discontinua, ripeto quello che ho detto per le leggi francesi ed italiane sulla servitù di attingere acqua nell'annotazione *h* al precedente Capo VII del presente Trattato al n.° 1.

Per la legge austriaca ripeto quanto ho detto nella suddetta annotazione al n. 2.

Termino le mie annotazioni a questo Capo col voler ripetuto in quanto al diritto di abbeverare il bestiame in acqua pubblica, quanto ho osservato per l'altro diritto di attingervi acqua nell'annotazione *e* n. 1 al suddetto Capo VII.

Digitized by Google

CAPUT XI.

DE SERVITUTE JURIS PASCENDI.

I. *Servitus juris pascendi quid proprie sit.* — II. *Pecoris appellatione comprehenduntur omnes quadrupedes quae gregatim pascuntur.* — III. *Pascua quae dicantur.* — IV. *Pascuum quotuplex sit.* — V. *Juris pascendi servitus an rustica vel urbana existat.* — VI. *Servitus juris pascendi qualiter acquiratur.* — VII. *Fundo vendito vel legato, an videantur vendita pascua quae sint, vel in aliis praediis venditoris debentur.* — VIII. *Universitas alicujus villae si rem non communem emerit, ut jus pascendi haberet, et aliquis de dicta villa sua praedia vendiderit, an veniat in dicta venditione jus pascendi, quod dictus venditor habeat.* — IX. *Venditione molendini per aliquem facta, quo casu etiam alterius molendini postea veniat: etiam si in venditione de ea mentio facta non sit.* — X. *Testes ubi plures quam duo haberi possunt, duo de universitate non sufficerent.* — XI. *Monachi singuli in causa suae universitatis testificari possunt.* — XII. *Testis examinatus in causa universitatis, puta pascui, si sentiat commodum, et dicat quod non: an falsum dixisse intelligatur.* — XIII. *Statutum si sit in civitate, ut in talibus pratis homines bestias ad pascendum intra terminos designatos tenere nequeant, et sic in certa prati parte pasci poterit, et in certa non: et quidam accusatus fuerit, quod in dictis pratis bestias tenuerit, nec fuerit dictum in accusatione intra terminos designatos, sed simpliciter probatum fuerit, an ex hoc condemnatio sequi valeat.* — XIV. *Statuti forma, si magnates non possint intrare palatium ante pulsationem campanae sub certa*

CAPO XI.

DELLA SERVITÙ DEL DIRITTO DI PASCOLO.

I. Che cosa sia propriamente la servitù del diritto di pascolo. — II Nel nome di bestiame vanno compresi tutti i quadrupedi che pascolano collettivamente. — III. Quali si dicono pascoli. — IV. Se il pascolo sia di più specie. — V. Se la servitù del diritto di pascere sia urbana o rustica. — VI. In qual modo si acquisti la servitù del diritto di pascolo. — VII. Se, venduto o legato il fondo, sembrino venduti i pascoli che in esso s'attrovano, o che sono dovuti in altri fondi del venditore. — VIII. Se l'università di una villa avrà comperato un fondo non comune onde avere il diritto di pascolo, e certuno di detta villa avrà venduto i suoi fondi, verrà forse compreso nella vendita il diritto di pascere che spettava al predetto venditore? — IX. In qual caso nella vendita di un molino fatta da uno venga compresa anche la posta del molino di un altro, benchè nella vendita non sia fatto cenno di essa. — X. Quando si possano avere più di due testimoni, non bastano due dell' università. — XI. I singoli monaci possono testimoniare nelle cause della loro università. — XII. Se il testimonio esaminato in una causa dell' università, per esempio, circa il pascolo, risenta un vantaggio e dica che no, si stimerà forse ch' abbia detto il falso? — XIII. Se vi è nella città uno statuto, che nei tali prati non si possano tener bestie a pascere entro determinati confini, e per ciò che si possa pascolare in una certa porzione di prato, ed in altra no; ed alcuno sia stato accusato di aver tenuto bestie nei detti prati, ma nell'accusa non sia detto tra i confini stabiliti, soltanto semplicemente sia ciò provato, potrà per questo applicarsi condan-

Digitized by Google

fundo alieno constituta fuerit, an eum omni pecore cujuscumque generis pascere possit. — XIX. *Servitus si de pecudibus simpliciter constituta sit: et reperiuntur pecudes nobiles, sicut sunt Veronenses, et ignobiles, sicuti aliae Italae: an de omnibus indifferenter ipsa servitus constituta intelligatur.* — XX. *Pascuis cum pecoribus morbosis, seu pestiferis nullus uti potest.* — XXI. *Infectionis timor ubicumque fuerit etiam de civitate expulsio fieri poterit.* — XXII. *Pascendi juris servitutem habens in alieno fundo, an ipsam servitutem dividere debeat.* — XXIII. *Pascendi jus praeter justitiam per tyrannum in praediis alienis acquisitum, an in Ecclesiam transeat.* — XXIV. *Pascendi jus quanto tempore praescribatur.* — XXV. *Juris pascendi possessio vel quasi servitus quomodo probetur.* — XXVI. *Universitatis 10. vel 20. si aliquo nemore tanto tempore usi fuerint, quod non extet memoria in contrarium: an ipsi universitati jus quaesitum videatur.* — XXVII. *Actus agentium ultra eorum intentionem operari non debent.* — XXVIII. *Pascendi jus villae vel universitati competens, an per decem homines villae vel universitatis probari possit.* — XXIX. *In obligationibus facti obligatio ad interesse venit.* — XXX. *Animal qui in fundo reperit, in quo sibi juris pascendi servitus debetur, an ipsum occidere possit, vel retinere, donec damnum reficiatur, quod dedit, vel donec sit animal illud, cognoscatur.* — XXXI. *Servitus juris pascendi quomodo amittatur.* — XXXII. *Juris pascendi servitus pro certo pecudum numero si uni debeatur, et ipse ampliori usus fuerit an propter hoc ipsa servitus amittatur.* — XXXIII. *Servitus juris pascendi cum certo pecudum genere, si uni debeatur, et ipse cum alio genere servitute usus fuerit, an propter hoc ipsa servitus amittatur.* — XXXIV. *Servitus juris pascendi an perdatur, si locus servitutem debens per tyrannum occupatus fuerit, qui illis pascuis usus sit.* — XXXV. *Pascua si aliquod commune emerit, et de communi unus vendiderit fundum suum proprium cum omni jure sibi spectante: an per hoc servitutem, vel saltem ipsum jus pascendi amisisse videatur.* — XXXVI. *Juris pascendi pro servitute, qua actione agi debeat* — XXXVII. *Actio quae competat illi, in cujus fundo contra servitutem debitam quispiam pascitur.* — XXXVIII. *Fundi vel pecorum, vel temporis pascendi jus habens, an alienum cogere possit, ad divisionem.* — XXXIX. *Communioni stare nemo cogitur.* — XL. *Praedii servientis dominus an possit loca, in quibus alteri servitutem debet et etiam jus pascendi, puta pascua et ligna ad culturam reducere invito domino praedii dominantis, cui juris pascendi servitus debetur.* — XLI. *Et e contra, an ille cui haec servitus debetur, invito fundi domino, possit ad pascua reducere, ita ut meliora efficiantur.* — XLII. *Praedii servientis dominus si reduxerit pascua ad culturam, puta ad segetes, vites, propter quod pascua impediuntur ei, cui servitus juris pascendi debetur; an cogi possit ad reducendum praedia ad pascua, sicuti tempore servitutis impositae erant, an vero ad interesse agi debeat.* — XLIII. *Obligatio non faciendi, obligatio faciendi dicitur.* — XLIV. *Actiones suas remittentibus regressus dandus non est.* — XLV. *Actione in noxali emendatione damni est in obligatione: et datio damni pro noxa est in solutione.* — XLVI. *Pascere in agro alieno an et quando liceat.* — XLVII. *Pascere in pascuis publicis et privatis, in quibus ipsa servitus imposita non est, an et quando liceat.* — XLVIII. *Animal in pascuis dimissum an per illum possidetur quia id ibi dimisit.* — XLIX. *Pastor si animalia per insidiosa loca*

od il diritto di pascolo fu costituito nel fondo altrui, si potrà pascolare con ogni bestia di qualsivoglia genere? — XIX. Se sia stata costituita servitù di pecore semplicemente, e si ritrovino pecore nobili, come sono le veronesi, ed ignobili come le altre di Italia, s' intenderà forse costituita la servitù per tutte senza differenza? — XX. Nessuno può far uso dei pascoli con bestie ammalate o pestilenti. — XXI. Ogni qualvolta vi sia timore d' infezione, si può cacciare anche dalla città. — XXII. Chi ha la servitù del diritto di pascolo nell' altrui fondo, è forse obbligato a dividerla? — XXIII. Se il diritto di pascolo, acquistato da un tiranno contro giustizia negli altrui fondi, passi nella Chiesa. — XXIV. In quanto tempo si prescriva il diritto di pascere. — XXV. In qual modo si provi il possesso o quasi-possesso della servitù di pascolo. — XXVI. Se 10 o 20 persone di una comunità fecero uso di un bosco per tanto tempo di cui non resti memoria in contrario, sembrerà per ciò acquistato il diritto alla comunità? — XXVII. Gli atti degli agenti non devono operare oltre la loro intenzione. — XXVIII. Se il diritto di pascolo, che compete ad un villaggio o comunità, possa essere provato mediante 10 uomini di quel villaggio o comunità. — XXIX. Nelle obbligazioni di fatto entra l' obbligo al risarcimento. — XXX. Se quegli che trova un animale nel fondo, nel quale gli è dovuta la servitù di pascolo, possa ucciderlo o ritenerlo, finchè gli sia risarcito il danno che arrecò, o finchè si conosca di chi sia — XXXI. In qual modo si perda la servitù di pascolo. — XXXII. Se è dovuta ad alcuno la servitù di pascolo per un determinato numero di bestie, ed egli n' abbia fatto uso con un maggiore, perderà per ciò la stessa servitù? — XXXIII. Se la stessa servitù è dovuta ad alcuno con un certo numero di bestie, ed egli n' abbia usato con un altro, perderà forse per ciò la servitù? — XXXIV. Se la servitù di pascolo si perda, allorquando il luogo obbligato a servitù sia stato occupato da un tiranno, che usò di que' pascoli. — XXXV. Se qualche comunità ha comperati alcuni pascoli, ed un membro di essa abbia venduto il proprio fondo con ogni diritto che gli spettava, sembrerà forse per ciò ch' abbia perduta la servitù, od almeno lo stesso diritto di pascolo? — XXXVI. Con quale azione si debba agire per la servitù del diritto di pascolo. — XXXVII. Quale azione competa a quello, nel cui fondo taluno pasce contro la servitù dovuta. — XXXVIII. Se chi ha il diritto di pascolo possa costringere un altro alla divisione del fondo, o del bestiame, o del tempo di pascere. — XXXIX. Nessuno è costretto a stare in comunione. — XL. Se il padrone del fondo serviente possa ridurre a coltura i fondi nei quali deve ad un altro la servitù od anche il diritto di pascere, per esempio, i pascoli e gli alberi, senza l'assenso del padrone dominante, al quale è dovuta la detta servitù. — XLI. Ed al contrario, se quegli cui è dovuta tale servitù possa, contro voglia del padrone del fondo, ridurre questo a pascolo così, che diventi migliore. — XLII. Se il padrone del fondo serviente avrà ridotto i pascoli a coltura, per esempio, a biade od a viti, per guisa che colui che ha diritto di pascolo non possa più usarlo, può forse esser costretto a convertire i fondi in pascoli, o piuttosto si deve agire contro di lui per risarcimento? — XLIII. L' obbligazione di non fare si dice obbligazione di fare. — XLIV. Non dee concedersi regresso a chi rinunzia le proprie azioni. — XLV. Nell' azione *noxale* la riparazione del danno costituisce un obbligo, e la dazione del danno consiste nel pagamento per il detrimento recato. — XLVI. Se e quando sia lecito pascolare nel fondo altrui. — XLVII. Se e quando sia lecito pascere ne' pascoli pubblici e privati, nei quali non è imposta la servitù relativa. — XLVIII. Se l'animale lasciato ne' pascoli sia posseduto da quello che l' ha lasciato. — XLIX. Se sia responsabile di

Digitized by Google

ad pascendum conduxerit, et ea amiserit, an de culpa teneatur. — L. Pascui in possessione si quispiam fuerit: et eo certo anni tempore utatur, an per hoc suam possessionem retineat.

colpa il pastore, che condusse gli animali per siti insidiosi e li perdette. — L. Se alcuno è in possesso di un pascolo, e ne usa soltanto in certo tempo dell'anno, conserva per ciò il suo possesso?

I. *Servitus juris pascendi, est jus pecoris pascendi in fundo alieno agri mei causa* (1), *et dixi esse jus, quia servitutes sunt jura* (2).

II. *Pecoris etiam dixi: quia hoc nomen est generale, et comprehendit omnes quadrupedes quae gregatim pascuntur* (3) *et quia lex 12 Tabul. loquebatur de pastu pecoris* (4); *dixi pascendi, quia haec servitus locum habet in pecoribus pascendis, vel quae pascuntur* (5). *Dixi in fundo, quia res sua nemini servit* (6). *Ultimo dixi: agri mei, quia si haberem fundum pro quo tenerem pecora pascenda, non posset esse tale jus pascendi, servitus praesertim realis seu praedialis, sed esset servitus personalis seu jus personale* (7). *Circa quod vide quae plene dixi in primo lib.* (8).

III. *Visa diffinitione hujus servitutis juris pascendi, quaero primo quae dicantur pascua? Et dic, pascua sive saltus dicuntur loca ubi bestiae pascuntur* (9), *et vide gloss.* (10) *ubi dicitur, quae pascuis pecudum est destinata* (11).

IV. *Quaero secundo, quotuplex est pascuum? Dic duplex. Nam quoddam est publicum, et quoddam privatum* (12). *De pascuis publicis dicemus in 12 et ult. quaest. princ.*

V. *Quaero tertio, an servitus juris pascendi sit rustica vel urbana? dic inspiciendum esse fundum, propter quem debetur istud jus pascendi: quoniam servitus judicatur rustica vel urbana, prout est fundus, cui servitus debetur* (13), *et ideo fundus, propter quem debetur ista servi-*

I. La servitù o diritto di pascolo è il diritto di pascere il bestiame nell' altrui fondo a vantaggio del mio. Dissi, ch' è diritto, perchè le servitù sono diritti.

II. Dissi eziandio *il bestiame*, perchè questo nome è generale e comprende tutti i quadrupedi che unitamente si pascono, e perchè la legge delle 12 tavole parla del pasto del bestiame. Dissi *di pascere*, perchè questa servitù consiste nel pascimento del bestiame, o nel bestiame che pascola. Dissi poi *nel fondo*, perchè la cosa propria non serve ad alcuno. Finalmente ho detto: *del mio fondo*, perchè se io avessi un fondo per il quale tenessi bestiame da pascere, questo non potrebbe esser diritto di pascolo, e specialmente una servitù reale o prediale, ma una servitù o diritto personale. Circa le quali cose vedi ciò che ho detto nel libro I. (*a*).

III. Veduta la definizione di questa servitù del diritto di pascere, dimando primamente quali si dicano *pascoli*? Rispondi: *pascoli* o *salti* si chiamano que' luoghi ove pascolano gli animali; e vedi la glossa, che spiega quali siti sieno destinati al pascolo del bestiame.

IV. Dimando in secondo luogo: di quante specie è il pascolo? Rispondi: di due; imperocchè alcuno è pubblico, ed alcuno privato. Dei pascoli pubblici parleremo nella duodecima ed ultima questione principale (*b*).

V. In terzo luogo dimando, se la servitù del diritto di pascere sia rustica od urbana? Rispondi: è d' uopo osservare il fondo, pel quale è dovuta; avvegnachè la servitù si stimi rustica od urbana a seconda del fondo al quale è dovuta. E perciò, se il fondo pel quale è dovuta è urbano, la servitù sarà ur-

(1) *Ut l. 2. § in praediis. D. de serv. rust. praed. et Institut. de servit. § inter rusticorum, et l. qui servandarum. § fin. de praescript. verb.*

(2) *Ut Instit. de servit. in princ. et l. 1. in princ. D. de serv. rust. praed. et l. haec autem jura, in princ. eod. titul. et l. 2. in praediis, D. de serv. rust. praed.*

(3) *L. legatis § pecudibus, D. delega. 3. et Instit. ad legem Aquil. in princ. et eod. l. 2.*

(4) *Ut dict. leg. qui commodandum. 9. fin. l. 6.*

(7) *Ut est text. cum gloss. ordin. in verb. except. in l. si quis binas aedes D. de usufruct. et text. cum gloss. et ibi Dd. in l. pecoris, et not. per gloss. et Dd. in l. ut pomum, D. de servit. et per text. gloss. Bart. et Dd. in l. Mela, § final. de alim. et ciba. leg.*

(8) *In prin. post diffinitionem servit. et tit. de aquaeduct. 2. quaest.*

(9) *L. sylva caedua, § final. D. de verbor. sign.*

Digitized by Google

tus, juxta not. (1), *si est urbanus, erit urbana: et si rusticus, erit rustica: posset enim esse quod in loco non esset abundantia terrae, puta quod in aliquo castello, tunc esset necessarium tenere pecora causa stercorandi fundum urbanum, in quo esset hortus pro usu familiae* (2).

VI. *Quaero quarto quomodo acquiratur ista servitus? dic quod pluribus modis. Primo institutione vel alia ultima voluntate, si quis pascendi relinquatur* (3). *Secundo pactionibus et stipulationibus, vel contractibus, puta emptione, venditione, vel donatione* (4).

VII. *Sed circa hoc dubitatur, an vendito vel legato fundo, videantur vendita pascua quae sunt vel debentur in aliis praediis venditoris? Et in hoc distinque: Aut pascua erant deputata ad usum fundi venditi, et cum eo uno nomine nuncupata: et tunc veniunt etiam pascua* (5). *Aut dicta pascua erant deputata ad usum fundi venditi, sed uno nomine non erant nuncupata: et tunc illa pascua fuerunt empta, quae erant deputata ad usum dicti fundi tantum* (6), *quia vendendo fundum simpliciter praesumitur vendidisse totum: et cum omni jure sibi spectante, nisi aliquid sit exceptatum* (7), *et hoc intellige quando pascua, id est, jus pascendi debetur venditori in fundo alieno pro fundo vendito: quia tunc est proprie servitus* (8), *et idem quando pascua deberentur in fundo universitatis, quia tunc etiam posset dici servitus, debita uni ad universitatem vendenti fundum proprium, seu debita illi fundo: quia licet fundus in quo debetur jus pascendi, sit universitatis, non tamen dicitur singulorum* (9), *sed si vendens haberet jus compascendi in fundo communi, ista non posset dici proprie servitus: et*

bana, e se è rustico, sarà rustica. Imperocchè potrebbe accadere che nel luogo vi fosse abbondanza di terra, esempigrazia, entro un castello; ed allora sarebbe necessario tener bestiame per concimare il fondo urbano, nel quale fosse un orto per uso della famiglia (*c*).

VI. In quarto luogo dimando in qual modo s' acquisti questa servitù? Rispondi: in più modi. 1.° Colla istituzione od ultima volontà, se vien lasciato il diritto di pascere; 2.° colle pazioni e stipulazioni, o coi contratti, per esempio colla comprita, colla vendita o colla donazione (*d*).

VII. Ma intorno a ciò si dubita, se venduto o legato un fondo, sembrino venduti i pascoli che sono o si devono in altri fondi del venditore? Ed in questo caso distingui: Od i pascoli erano destinati ad uso del fondo venduto, ed appellati con uno stesso nome, ed allora v' entrano anche i pascoli. O i detti pascoli erano destinati ad uso del fondo venduto, ma non erano chiamati con uno stesso nome; ed allora si stimano venduti quelli, ch' erano destinati ad uso del detto fondo soltanto; perchè vendendo un fondo semplicemente, si presume esser venduto tutto e con ogni diritto a lui spettante, se qualche cosa non fu eccettuato. E questo intendi procedere, allorchè i pascoli, cioè il diritto di pascere è dovuto al venditore nel fondo altrui pel fondo venduto, perchè in tal caso è propriamente una servitù. Così pure, quando i pascoli fossero dovuti nel fondo di una comunità, perchè anche allora si potrebbe dire che la servitù è dovuta ad uno, che vende il fondo proprio ad una università, oppure dovuta a quel fondo; imperocchè, sebbene quel fondo nel quale è dovuto il diritto di pascere, spetti ad una università, nondimeno si dice appartenere ai singoli. Ma se il venditore avesse il diritto di pascere insieme nel fondo comune, questa non potrebbe dirsi veramente servitù,

(1) *Per gloss. in l. pecoris. D. de serv. rust. praed. et ea quae dixi supra in 1. quaest. in fin.*

(2) *Ut l. urbana praedia, cum ibi not. per gloss. et Dd. ff. de verbor. signific. circa quod vide quae plene dixi in 1. libr. in 4. divisi. servit. et per ea quae dicuntur ibi declaratur ista quaestio.*

in princ. cum ibi not. ff. de serv. urb. praed. et in dict. l. testatrix. in prin. et in fin. et l. prima. cum ibi not. per gloss. et Bart. ff. de rebus dubiis.

(6) *Et idem per textum dict. l. testatrix. § primo.*

(7) *Ut [illegible] in l. 1. Cod. quae res pi-*

Digitized by Google

quia res sua nemini servit, etiam communis, ut singulis (2).

VIII. *Et ex hoc sequitur, si universitas alicujus villae emit saltem rem communem, ut jus pascendi haberet: et aliquis de dicta villa praedia sua propria vendiderit, si aliud dictum non est, venit in dicta venditione jus compascendi, quod habebat dictus venditor* (2). *Et propter hoc alias judicavi in quaest. mihi sic commissa.*

IX. *Quidam habebat in flumine Athesi unum molendinum magni pretii: quia in illo flumine prope erat alius locus pro molendino faciendo, ut aliquis non haberet causam construendi ibi aliud molendinum: et damnificandi suum, emit illum locum seu postam molendini solum, ut remaneret vacua, ne damnificaretur suum molendinum, vendidit molendinum, similiter judicavi, quod in illa venditione veniret etiam illa posta molendini* (3), *et faciunt ea quae dicta sunt quod est not. Praedicta tamen intellige, nisi quantitas praedii suaderet contrarium, puta quia pretium conveniret solum molendino, non postae molendini: quia utrumque multo plus valeret* (4). *Item actum intellige etiam tacite ratione rei* (5), *et idem dico de jure pascendi, ut non veniat in venditione facta de fundo, quando pretium conveniret solum rei venditae, et non juri etiam pascendi, per praedicta. Aut dicta pascua non erant deputata ad usum fundi venditi, nec eo nomine nuncupabantur cum fundo vendito: tunc aut pascua sive jus pascendi, non debentur nisi illi, qui habet certum numerum camporum 25, sicut est quibusdam locis statutum: et tunc si quis vendiderit simpliciter fundum suum pro majori numero camporum 25, etiam non videtur vendere pascua, seu jus pasculandi: quia illud jus non debetur extraneo ex forma statuti, nisi habeat vigore emptionis: quia in ea non est nominatus* (6), *nec vigore statuti: quia illud non loquitur nisi in habentibus commodum bursale*

perchè la cosa propria non serve ad alcuno, ancorchè comune (*e*).

VIII. Da ciò segue, che se l' università di un villaggio comperò un fondo comune onde avere il diritto di pascolo, ed un uomo di detta villa vendette i suoi proprii fondi, se altrimenti non è stipulato, viene in siffatta vendita il diritto di compascere, che spettava al predetto venditore. E per questa ragione così giudicai altra volta in una questione affidatami.

IX. Certuno aveva nel fiume Adige un molino di gran prezzo, e siccome poco distante sullo stesso fiume v' era un sito opportuno per costruire un altro molino; egli, affinchè altri non avesse occasione di fabbricarlo e recar danno al suo, comperò quel luogo o posta di molino soltanto perchè restasse vacuo; poscia vendette il suo molino. In tale questione giudicai similmente, che nella vendita fosse compresa anche quella posta di molino. Le predette cose però intendi procedere, purchè la quantità del fondo non persuadesse l' opposto, per esempio, perchè il prezzo fosse congruo soltanto al molino, non già anche alla posta da molino, dacchè tutti e due costerebbero molto più. Del pari intendi patteggiato anche tacitamente in ragione della cosa. Lo stesso dico del diritto di pascolo, cioè che non entra nella vendita di un fondo, allorquando il prezzo convenisse alla cosa venduta soltanto, e non già anche al diritto di pascere, e ciò in forza di quello che fu detto. O i suindicati pascoli non erano destinati ad uso del fondo venduto, ned erano chiamati con questo sotto uno stesso nome. In tal caso o i pascoli od il diritto di pascolo non sono dovuti se non a quello, che ha un certo numero di campi, per esempio 25, com' è statuito in alcuni luoghi; ed allora se alcuno vende semplicemente il suo fondo per un numero maggiore di campi 25, non perciò si reputerà vendere i pascoli od il diritto di pascere; perchè quel diritto non è dovuto ad un estraneo per disposizione dello statuto, qualora non l' abbia in virtù della compera, dacchè non è nominato in essa; e neppure in vigore dello statuto per la ragione, che questo parla di quelli che hanno

Digitized by Google

singulis mensibus, puta quando bestiae hominum illius villae pascuntur gratis, et sine aliquo pretio, quod detur communitati: nam tunc licet nomen sit universorum, tamen effectus est singularis (1). *Et idem dico, quando omnis utilitas perveniret ad universitatem, et ea postea divideretur jure singulari, eadem ratione. Sed Archid. et Rofr.* (2) *dicit, quod licet in causa universitatis constitutiones de universitate admittantur: tamen non omnino eis plena fides adhibetur: et sic non faciunt plenam probationem, inducunt Ant. de Butr.* (3), *qui dicit hoc dictum Archid. procedere quoad universitatem, non quoad ecclesiam: quia res universitatis plus spectant ad singulos, quam res ecclesiae ad singulos. Et sic vult Anton. de Butr. facere differentiam inter universitatem et ecclesiam: quae differentia non placet Jo. de Imol.* (4), *ex quo commodum ita applicatur universitati in uno casu sicut in alio: nec magis spectat ad singulos in uno casu, quam in alio.*

X. *Unde ipse dicit, quod ubi plures quam duo testes possunt haberi, duo de universitate non sufficerent: et hoc modo intelligatur dictum Archidia. Sed ubi non possunt haberi nisi duo forte propter facti antiquitatem, tunc in subsidium staretur dicto duorum testium, ex quo commodum venit applicandum universitati* (5). *Ego autem in hoc articulo quantum ad materiam juris pascendi, puto aliter esse dicendum ista distinguendo: Si quaeritur an homines de universitate possint esse testes. Aut est quaestio inter homines de universitate: illi distincte possunt in testimonium adhiberi, et deponere pro uno de universitate et pro alio: quia tunc cessaret causae suspicio: cum praesumatur testis in dubio diligere unum sicut alium, ex quo censetur inter eos esse par affectus* (6), *et quod not. Barthol.* (7) *et ita tenet Card. Zab.* (8) *et gloss. et Dd.* (9) *et quod nota Bald.* (10). *Aut est quaestio inter homines aliquos de universitate et*

(1) *Ut l. sicut § 1. ff. quod cujusque univers. nom. et d. l. in tantum. § universitatis.*
(2) *1A. quaest. 2. c. 1.*

un comodo borsale in singoli mesi, per esempio, allorchè gli animali spettanti agli uomini di quella villa pascolano gratuitamente e senza alcun correspettivo verso la comunità; essendochè in tal caso, benchè il nome sia universale, tuttavolta l'effetto è singolare. E dico avvenire la stessa cosa, allorquando tutto il vantaggio si devolvesse all'università, e poscia fosse diviso per diritto singolare; e ciò per eguale ragione. Ma l'Arcidiacono e Roffredo dicono, che, quantunque nella causa di un' università si ammettano le sue costituzioni, nondimeno non si presta ad esse intera fede, e però non fanno piena prova. Antonio da Butrio poi dice, che questa sentenza procede rispetto ad una università, non già rispetto alla chiesa, perchè maggiormente spettano a' singoli le cose di una università, che non quelle della chiesa. Ed in tal guisa vuol porre differenza fra l'una e l'altra; lo che non piace a Giovanni da Imola, perchè in questo modo il vantaggio si attribuisce all' università in ambi i casi, nè più spetta ai singoli così in uno come nell' altro (*f*).

X. Laonde soggiunge, che quando si possono avere più di due testimonii, non ne bastano due dell' università, ed in questo modo interpreta il detto dell' Arcidiacono. Ma quando non se ne possono avere se non due, forse per la vetustà del fatto, allora come sussidio si ammetterà la loro deposizione, donde segue che l'università risenta un vantaggio. Io però in questa parte, rispetto alla materia del diritto di pascolo, credo che si debba rispondere in modo diverso, distinguendo come segue, nel caso si domandasse se gli uomini di un' università possano essere testimonii. O vi ha questione fra gli uomini dell' università, ed essi distintamente possono essere assunti in testimonii, e deporre a favore di uno dell'università o di un altro, perchè allora cesserebbe il sospetto della causa, presumendosi nel dubbio che il testimonio prediliga l'uno come l' altro, per ciò che si stima esser pari l' affezione tra loro. Così nota Bartolo ed opina il cardinale Zabarella, e notano la glossa, i Dottori e Baldo. — O vi ha questione fra alcuni uomini dell'università ed un e-

(7) *D. de ritu. nup.*
(8) *In c. cum nuncius, in fin. extra de testi-*
c. cum nuncius, et od not. Bart. in l. extra-
qui testamen-

extraneum, et tunc alii de universitate possunt esse testes, nisi sentirent aliquod commodum, vel sentire possent: quia similem causam haberent (1). *Aut non est quaestio inter homines de universitate, sed inter universitatem et extraneum: et tunc aut tractatur de jure pascendi competenti tantum universitati, ita quod utilitatis effectus in totum vel in partem venit etiam in singulos de universitate, principaliter: quia singuli depascunt animalia sua, et tunc non possent testificari illi, qui sunt de ipsa universitate: quia dicerentur esse testes in facto proprio* (2). *Idem quando utilitatis effectus principaliter competeret universitatis et in consequentiam singulis de universitate, puta quia universitas locat pascua, et recipit pretium, quod dividit postea, inter singulos, et idem eadem ratione* (3), *quod est intelligendum, quando sunt singuli capaces illius utilitatis: alias secus, sicut contingit in causa monasterii: quia licet quandoque de bonis monasterii fiant portiones inter singulos monachos* (4), *tamen non singuli monachi habent jus petendi illas portiones* (5).

XI. *Et propterea singuli monachi in causa suae universitatis poterunt testificari, et hoc videtur tenere Card. Zab.* (6), *qui facit differentiam inter causam universitatis secularis, et ecclesiasticae. Aut tractatur de jure pascendi, quod competit universitati tantum: quia nullo modo communicatur cum singulis de universitate, nec inter eos dividitur: et tunc quaeritur, nunquid homines de illa universitate possint in testes admitti et examinari? dic quod sic* (7). *Aut quaeritur, nunquid dictum eorum faciat plenam fidem, et sic an sint dicti testes omni exceptione majores? Et in hoc ego tenerem opin. Archi., videlicet quod non facerent plenam fidem, sed praesumptionem inducant: quia negari*

straneo, ed allora altri dell' università possono far testimonianza, qualora non risentano alcun vantaggio o nol potessero risentire, perchè avrebbero una causa consimile. O non è questione fra i membri dell' università, ma fra l' università ed un estraneo, ed allora, o si tratta del diritto di pascere spettante all' università solamente, così che l' effetto del vantaggio o in tutto o in parte cada anche sopra i singoli membri principalmente, perchè i singoli pascono i proprii animali, ed in tal caso non potrebbero questi venire assunti quali testimonii, perchè si direbbero essere testimonii in fatto proprio. Così pure allorquando l' effetto del vantaggio principalmente competesse all' università, e per conseguenza a' singoli membri della stessa, per esempio, perchè l' università loca i pascoli e riceve un correspettivo, che poscia divide fra' suoi membri, ed allora avviene lo stesso per la stessa ragione. Lo che deve intendersi che proceda, quando i singoli sono capaci di quel vantaggio; non però in caso diverso, siccome avviene rispetto ad un monastero; imperocchè, sebbene talora i beni del monastero si dividano in porzioni fra i singoli monaci, tuttavia questi non hanno diritto di chiedere quelle porzioni.

XI. Epperò i singoli monaci potranno testificare in una causa della loro università; e ciò sembra tenere il cardinale Zabarella, il quale fa differenza fra la causa di una università secolare e quella di un' ecclesiastica. — O si tratta del diritto di pascere, che compete soltanto ad un' università, perchè in nessuna maniera vien dato ai singoli membri, nè si divide fra essi; ed allora si dimanda, se gli uomini di quella università possano essere ammessi come testimonii, ed esaminarsi; e rispondi, che sì. O si domanda se la loro deposizione faccia piena pruova, e però se sieno superiori ad ogni eccezione; ed in tal caso io terrei l' opinione dell' Arcidiacono, cioè che non formassero piena prova, ma inducessero una

Digitized by Google

sumere debemus (1), *et ideo non sunt omni exceptione majores, ex quo exceptio ista praesumpta potest eis opponi* (2). *Nec facio differentiam absolute inter universitatem ecclesiasticam et secularem, sicut facere videtur Anton. de Butr.* (3). *Puto tamen quod majorem praesumptionem faciant, qui sunt de universitate ecclesiastica, quam illi qui sunt de seculari, tum quia minus juris habent personae ecclesiasticae: quia jus quod habent in universitate ecclesiastica, non transmittunt ad haeredes sicut faciunt laici* (4), *tum quia personae religiosae, seu ecclesiasticae magis in dubio sunt dignae, quam seculares* (5). *Credo tamen si essent plures, fidem plenam facerent: quia hoc quod deficit in fide, supplet numerus* (1*) (6). *In hoc tamen concludo relinquendum esse arbitrio judicantis, an illis testibus sit plena fides adhibenda, qui habet considerare qualitatem et conditionem testium sive personarum, et quantitatem causae, et si tota universitas magnam habet in illa causa affectionem, ita ut sit suspicandum de illis de universitate testantibus* (7).

XII. *Sed pone juxta praedicta, quod testis examinatus in causa universitatis, puta pascui, si sentit commodum, dixit, quod non: an intelligatur falsum dixisse, ut repellatur a testificando et quantum colligitur ex praecedentibus, si dixit quando repellebatur, dixit falsum, alias secus. Idem dixit Barthol.* (8) *quod perpetuo tene menti. Quarto princ. acquiritur haec servitus, vel jus pascendi sententia* (9). *Quinto acquiritur etiam haec servitus lege, vel statuto. Nam lege acquiritur, id est, acquisita est: quia de jure cautum est, ut quicunque per terram transiens, equum suum pabulare voluerit, juxta viam in propinquo loco amplecti possit ad refectionem et reparationem equi sui impune, etiam herba horti, et*

sumere. Dal che segue, che non sieno superiori ad ogni eccezione, per cui si può ad essi opporre tale presunta eccezione; nè faccio assolutamente differenza fra università ecclesiastica e secolare, come sembra farla Antonio da Butrio. Tuttavolta io stimo, che inducano maggior presunzione quelli che appartengono ad una comunità ecclesiastica, che non quelli aggregati ad una secolare, sì perchè le persone di chiesa hanno minori diritti, ed il diritto che hanno nella loro università non si trasmette agli eredi, come avviene pei laici; sì anche perchè le persone religiose od ecclesiastiche nel dubbio sono più degne dei secolari. Nondimeno io credo, che se fossero parecchi, farebbero piena fede, perchè a ciò che manca circa la fede supplisce il numero (1*). In questo argomento poi concludo con dire, che si deve lasciare all' arbitrio di chi giudica il decidere se si possa prestar piena fede a quei testimonii; il qual giudice deve considerare la loro qualità e condizione, e la importanza della lite, e se tutta l' università abbia in questa grande interesse, così che si possa sospettare di que' testimonii.

XII. Ma poni, secondo le predette cose, che il testimonio esaminato in una causa dell' università, essendo interrogato se risenta vantaggio, risponda di no; s' intenderà forse aver detto il falso in guisa che sia rimosso dal testimoniare? Per quanto si ricava dal suesposto, se ciò disse quand'era interrogato, disse il falso; e diversamente altrimenti. Lo stesso disse anco Bartolo, e tienlo sempre a memoria (g). — In quarto luogo principalmente questa servitù ossia diritto di pascere si acquista colla sentenza (h). — In quinto luogo s' acquista eziandio per legge o per istatuto. E si acquista od è acquistata per legge, dacchè è statuito in diritto, che chiunque passando per una terra voglia pascere il proprio cavallo, possa impunemente fermarsi in un sito vicino presso la strada onde ristorarlo ed acconciarlo, e possa eziandio far uso dell' erba dell' orto e del

cum a nobis, et ibi Dd.

sylva sine vastatione utatur pro sua commoditate et usu necessario. Idem dicit text. (1), *et hoc tenet ibi Bald. qui dicit per illum text. quod quicunque transit per terram cum equo, potest equum suum saturare juxta viam, et potest etiam uti herba viridi, et sylva sine devastatione alicujus, et idem tenet Alber. de Rosa.* (2). *Pro hoc facit, quia de jure divino licitum est comedere uvas in agro alterius, sed non exportare, et colligere spicas, et non mittere falcem in messem alienam* (3), *et plus dixit Bart.* (4) *quod milites Imperatoris descendentes ad partes Tusciae possunt petere a Tuscis, ut assignent eis prata, in quibus possint eorum equos pascere: non tamen debent devastare prata* (5). *Sed contra praedicta opponitur, et videtur quod imo non liceat in alieno pascere equum, etiam juxta viam,* l. Quintus Mutius. D. ad leg. Aquil. So. ille § fina. in cap. 1. de pace tenen. *debet intelligi secundum Andr. de Isern. quod ille qui pascebat, non erat in agro, sed in via: unde se appropinquabat ad sepem separantem agrum a via: et recipiebat de herba, vel frondibus pendentibus supra viam: vel accipiebat de herba ex sylva ibi propinqua juxta viam pro refectione equi sui fessi: quod licet, dummodo sine damno faciat, et est ratio, quia sibi prodest, et alteri non nocet* (6). *Sed do. Jacob. de Alva.* (7) *dicit, quod licet ista lectura in se sit vera: tamen non videtur illi literae convenire, quia ille text.* (8) *praesupponit, quod transitus fiebat per terram et non per viam. Item quia satis modicam dubitationem habebat idcirco alii legunt secundum eum, quod iste equitans pascebat equum suum in agro juxta viam: quod licet, tum quia sibi prodest et alii non nocet: tum quia facit hoc ex necessitate, ac etiam quia juste credebat dominum permissum, si hoc sciret, unde non dicitur delinquere* (9). *Item quia licet hoc videatur iuridicum, tamen cum istud sibi pro-*

boscо, senza devastarli, per suo comodo e per l' uso necessario. Così dicono i testi, e così pensa Baldo, il quale dice per essi, che chiunque passa per una terra con cavallo, può pascere questo presso la strada, e può usare eziandio dell' erba dell' orto e del bosco, però senza danneggiar chicchessia; nel che conviene anche Alberico da Rosate. Giova a tal uopo, che per diritto divino è lecito mangiar uva nel campo altrui, ma non già il portarla via, e raccogliere le spiche, e metter la falce nell' altrui messe. E di più disse Bartolo, che i soldati dell' imperatore, scendendo nel territorio di Toscana, possono chiedere agli abitanti che vengano loro assegnati alcuni prati, ne' quali pascere i loro cavalli; ma non possono però devastarli. Se non che contro le cose esposte si dice e sembra, che anzi non sia lecito pascere il cavallo nell' altrui fondo, neppur lungo la strada. E ciò per la legge *Quintus Mucius ff. ad leg. Aquil.* e pel § finale *in cap. 1. de pace tenenda*, i quali testi si devono intendere, secondo Andrea d'Isernia, nel senso, che quegli che pascolava non era nel campo, ma nella strada; laonde si avvicinava alla siepe che separa il campo dalla strada e raccoglieva erba o fronde pendenti sopra di essa, oppure raccoglieva erba dal bosco vicino lungo la strada per rifocillare il suo cavallo affaticato; lo che è permesso qualora si faccia senza danno altrui, e la ragione è questa, che il farlo ci giova e non nuoce ad alcuno. Ma Giacomo degli Alvarotti dice, che sebbene quest' interpretazione in sè sia vera, tuttavolta non sembra convenire alle parole del testo, perchè questo presuppone che il passaggio avvenisse per una terra, non già per la strada, e così pure perchè lascia qualche dubbio. Perciò altri intendono, secondo lui, che quel cavaliere pascesse il suo destriero in un campo presso la strada; lo che è permesso, sì perchè giova a chi lo fa e non nuoce altrui, sì perchè lo fa per necessità, sì ancora perchè crede che il padrone lo permetterebbe se lo

Digitized by Google

sit ut hoc admittatur, ut videmus in simili (1). *Sed circa praedicta communiter sunt statuta, quae specialiter provident, in quo loco, et in quo tempore licitum sit pasculare.*

XIII. *Sed quid si statutum est in civitate, ut in talib. pratis homines non possint tenere bestias ad pascendum infra terminos designatos, et sic in certa parte prati poterit pasci, et in certa non: et quidam fuit accusatus, quod tenuerat bestias in dictis pratis, nec fuerat dictus, in accusatione infra terminos designatos et sic simpliciter fuit probatum, an ex hoc sequi possit condemnatio? Bartholus format hanc quaest.* (2) *per quam dicit, quando unum et idem factum non est prohibitum in qualibet parte loci, debet exprimi et probari illa pars loci, in qua factum est punibile* (3). *Item dicit Barthol. de tempore. Pone post medium mensem Martii licet pasculare in certis pratis, et non ante, qui accusavit de mense Martii, non dicit in qua parte dicti mensis: nisi exprimatur, et probetur illa pars temporis, in qua factum est punibile, non sequitur condemnatio* (4), *et pro hoc ego allego quod not. Angel.* (5) *ubi dicit per illum textum, quod ubi certum et determinatum tempus est de substantia dispositionis, illud punctualiter intervenire debeat, alias dispositio non tenet* (6), *per quem text. Bald. ibi decidit multas quaestiones similes.*

XIV. *Videlicet si ex forma statuti magnates non possint intrare palatium ante pulsationem campanae sub certa poena, si probatur introitus, non sufficit, nisi probetur explicite, quod intravit ante sonum* (7). *Item presbyter a parochiano petit demas decimas de quaesitis: et parochianus dicit se non teneri: quia ille quaesivit ante consilium Lateranense: debet enim probare, quod ante quaesierit, cum sacerdotis intentio sit fundata de jure communi, secundum Cyn. et Ang.* (8).

XV. *Item dicit Angel. si creditor agit hypothecaria contra ipsum possessorem,*

(1) *In l. in summa. § item Varus, D. de qua plu. arcen. et ita not. gloss. quae hoc tenet, 23. quaest. 2. c. fin.*

(2) *In l. de pupillo. § qui nunciat. ff. eod. tit.*

(3) *Et pro hoc videtur text. secundum eum in l. 1. in fin. cum l. sequent. ff. de incend. ruin. et naufra.*

tà suggerisce che si ammetta, come vediamo accadere in casi consimili. Ma intorno le predette cose per lo più sono gli statuti che provvedono in qual luogo ed in qual tempo sia permesso pascolare.

XIII. Ma che sia di diritto se nella città viga uno statuto, che in certi prati gli uomini non possano tener bestie a pascere entro determinati confini, e perciò che possano pascere in una data parte, ed in altra no? Se alcuno fu accusato di aver tenute le bestie ne'detti prati, ma non fu espresso nell'accusa *oltre il limite designato*, e ciò fu provato semplicemente, da questo potrà seguirne una condanna? Bartolo forma tale questione, e dice: allorquando uno stesso fatto non è proibito in ciascuna parte del luogo, dev' essere espressa e provata quella parte di luogo, nella quale il fatto è punibile. Egualmente dice Bartolo circa il tempo. Poni lo esempio, che in certi prati sia lecito pascolare dopo la metà di marzo, e non innanzi. Quegli che accusò un altro del pascolo illecito, non dice in qual parte di detto mese sia stato pascolato. Se non è espressa e provata quella parte di tempo, in cui il fatto è punibile, non ne consegue condanna. A sostegno di ciò cito quello che nota Angelo, là ove dice, che quando un tempo certo e determinato è sostanziale in una disposizione, esso debba puntualmente intervenire; altrimenti la disposizione non tiene. E ciò in forza dei testi, pei quali Baldo decide molte questioni consimili;

XIV. Cioè, che se per disposizione dello statuto i magnati non possono entrare in palazzo prima del tocco della campana sotto una pena determinata; qualora venga provato l'ingresso, esso non basta, se non viene anco provato esplicitamente che avvenne prima del tocco. Del pari un prete chiede ad un parrocchiano le decime acquistate, ed il parrocchiano risponde di non esser tenuto, perchè le acquistò prima del concilio Lateranense. Egli deve provare di averle acquistate innanzi, dacchè l' intenzione del sacerdote è fondata nel diritto comune, secondo Cino ed Angelo.

XV. Del pari dice Angelo, che se il creditore agisce coll' azione ipotecaria contro

(4) *Pro hoc optime facit quod not. l. eum actum. D. de neg. gest.*

(5) *In l. in substitutione. de vulg. et pupil.*

(6) *Alleg. d. l. eum actum. et l. matrem. C. de probat.*

(7) *L. denunciasse. § quid tamen. ff. de adult. l. praetor. § dolo. autem. ff. vi. bon. rapt.*

(8) *In d. l. § dolo autem.*

Digitized by Google

possessor confitetur rem fuisse de bonis debitoris: sed negat fuisse ejus tempore obligationis contractae. Nam debitor debet probare, quod illo tempore fuerit debitoris, quod istud est de substantia ad fundandam intentionem creditoris secundum Cyn. (1), *quod dicit esse verum in privato creditore agente: secus est in fisco* (2). *Item pro hoc allego, quod not. idem Ang.* (3) *ubi dicit, per illam l.*

XVI. *Quod ubicunque aliquod tempus punctualiter est de substantia ad victoriam reportandam, illud tempus debet probari liquido et punctualiter* (4), *et idem dicit in loco* (5), *et idem dicit in procuratore denunciante ut procurator* (6), *et idem etiam dicit esse in alia qualitate* (7), *qui dicit, quod ubi lex exigit certum locum vel tempus, illud deduci et principaliter probari oportet* (8), *qui subdit: quod cautus sit ille, quia debet probare in deducendo et probando dictum tempus punctualiter: alias succumberet* (9). *Et istam sententiam tenet etiam Barthol.* (10), *qui dicit, quod quandoque probatio consistit in differentia temporis vel loci, oportet quod fundatus ex differentia probet differentiam* (11), *et quod not. Flor.* (12), *qui dicit per glo. ibi, quod ubi actus potest se habere ad habitum, et permissum, semper in dubio intelligitur esse factus ex potestate permittente, et dicit hanc esse notabilem praesumptionem, quae probatur in l.* (13).

XVII. *Quaero sexto principaliter, quomodo quis debeat uti servitute sui juris pascendi? Et primo dic quod debet uti prout in constitutione servitutis conventum est* (14), *vel prout est consuetudo vel statutum in loco* (15), *facit quod dixi supra*

il possessore della cosa, e questi confessa ch' essa apparteneva al debitore, ma nega che gli spettasse al tempo della stretta obbligazione, il creditore è tenuto a provare che in quel tempo era in proprietà del debitore, perchè questo è sostanziale onde fondare l' intenzione del creditore, secondo Cino; il quale dice, che ciò è vero rispetto al creditore privato, non già rispetto al fisco. Così pure allego ciò che nota lo stesso Angelo là ove dice,

XVI. Che ogniqualvolta il tempo puntuale è di sostanza per ottenere vittoria, esso dev' esser provato liquidamente e puntualmente; e così dice richiedersi rispetto al luogo, e circa il procuratore denunciante, e circa altre qualità. Inoltre soggiunge, che quando la legge esige un certo luogo o tempo, questo bisogna dedurre e provare principalmente; e prosegue, che dev' esser cauto colui cui spetta la prova nel dedurre e provare cotesto tempo puntualmente, perchè in caso diverso soccomberebbe. E questa sentenza è accettata da Bartolo, il quale dice, che allorquando la prova consiste nella differenza del tempo o del luogo, è necessario che chi si fonda nella differenza, provi la stessa. E Floriano dice, che quando l' atto può tenersi come eseguito e permesso, s'intende nel dubbio esser fatto dalla potestà permittente, e soggiunge che questa è una presunzione notabile provata dai testi (*i*).

XVII. Dimando in sesto luogo principalmente, in qual modo si debba usare la servitù o il diritto di pascolo? Rispondi primamente, che deve usarsi come fu stipulato nella costituzione della servitù, o come vuole la consuetudine o lo statuto nel luo-

(1) *In l. quae nondum. § quod dicitur. D. de pignor.*
(2) *Ut est text. final. secundum unam lecturam in l. 1. C. de jure fisc.*
(3) *In l. 2. in 2. colum. C. de petit. haered.*
(4) *Allegat d. l. matrem et dict. leg. cum actum.*
(5) *Ut d. l. non solum. § sed ut probari.*
(6) *Ut l. denunciasse, § quid tamen. D. de adult.*
(7) *L. praetor. § dolo autem. et l. si dolo. D.*
(10) *In l. matrem circa princip. C. de probat.*
(11) *Per d. l. matrem. et per d. l. cum actum. facit l. in illa stipulatione. si Cal. et l. hoc jure. et quod ibi not. Bart. et Doct. ff. de verb. oblig. et idem in effectu tenet Bald. in l. fin. in 3. colum. vers. ex quibus concludo, ibi ubicunque juris ratio. C. de edicto divi. Adria. tollen. et pro hoc etiam facit, quod not. Innoc. in c. cum inhibitio. in ultim. gloss. extra, de cland. despon.*
(12) *In l. si dominus servum in fin.*
(13) *Merito ff. pro socio. et de ista quaestione*

Digitized by Google

in servitute aquaeductus (1), *et ideo quis debet uti illo genere pecorum, de quibus conventum est in constitutione servitutis, et non alio* (2).

XVIII. *Sed quid si simpliciter est constituta servitus, vel jus pascendi in fundo alieno, an possit cum omni pecore cujuscunque generis pasculari? et videtur, quod sic, si non est expressa species pecorum* (3), *quod credo esse verum, nisi ex aliis circumstantiis apparet contrarium sensisse* (4).

XIX. *Item quid si est expressum de pecudibus, et reperiuntur pecudes gentiles et nobiles, quae habent optimam lanam, et magnam curam et custodiam requirunt, ut sunt pecudes Veronenses: et reperiuntur etiam aliae quae habent lanam grossam, et non requirunt custodiam, ut sunt pecudes Italae: et servitus simpliciter est constituta de pecudibus, an possint ad pascua duci tam pecudes grossae quam nobiles, vel e contra? puto quod sit inspiciendus locus, in quo sit servitus constituta: quia si in illo sunt tantum grossae, non intelligitur de nobilibus et e contra, si aliquod damnum vel interesse esset constituenti servitutem: quia in dubio videtur esse actum de illis in loco ubi esse consueverunt* (5), *nec debet ampliori numero pecorum uti in pascendo, quam sit servitus constituta* (6), *de qua etiam dicam in seq. quaest. princ. nec in alio loco vel tempore, quam sit servitus constituta* (7), *sed ubi non esset conventio, vel consuetudo, aut statutum, debet uti secundum naturam servitutis juris pascendi, de qua habetur in l. pecoris* (8).

XX. *Item non debet quis uti pascuis cum pecoribus morbosis seu pestiferis: quia alia pecora contagione morbosi pecoris perirent seu perire possent* (9). *Unde dicitur:*

(1) *In §. quaest. princip.*

(2) *Argum. l. certo generi in princip. et per totam illam l. D. de serv. rust. praed.*

(3) *Argum. l. in tradendis. in princ. D. cum praed. et d. l. certo generi. § fin. et l. si servitus in princ. cum ibi not. D. de servit. urb. praed.*

(4) *Per l. si servus plurium. § fina. cum ibi notatis. D. de legat. 1. cum si.*

(5) *Argumento legis semper in stipulationibus. cum ibi notatis. ff. de regul. jur.*

go; e però ciascuno deve usare di quel genere di animali, del quale fu pattuito nella costituzione della servitù, e non di altro.

XVIII. Ma che sarà, se la servitù o il diritto di pascere nell'altrui è costituito semplicemente? Si potrà forse pascolare con animali di qualunque specie? Sembra che sì, se non è espressa la loro specie; lo che stimo esser vero, qualora per altre circostanze non apparisse aversi voluto il contrario.

XIX. Del pari, che di diritto nel caso che fosse pattuito di pecore, e si trovassero pecore gentili e nobili, che hanno un'ottima lana, e richieggono grande cura e custodia, come sono le veronesi, e se ne rinvenissero ancora altre che hanno lana grossa e non esigono custodia, come sono quelle della restante Italia; e che la servitù fosse costituita semplicemente circa le pecore? Si potrebbero forse condurre al pascolo tanto le pecore comuni come le nobili, o non si potrebbero? Credo che si debba osservare il sito, nel quale la servitù fu costituita, perchè se in esso vanno soltanto le comuni, non s'intenderà che possano condurvisi le nobili, e viceversa, se qualche danno potesse per ciò derivare a chi ha costituito la servitù; imperocchè nel dubbio sembra essere stato pattuito di quelle, che erano solite a pascolare in quel luogo. Nè si deve condurre al pascolo un numero di pecore maggiore di quello, pel quale è costituita la servitù, nè in luogo o tempo diverso dallo stabilito. Ma qualora non esistesse convenzione, o consuetudine, o statuto, si deve usare della servitù di pascolo conformemente alla sua natura, come si ricava da' testi.

XX. Parimente nessuno può condurre al pascolo animali ammalati od appestati, perchè gli altri pel contatto di quelli perirebbero o potrebbero perire. Laonde è venuto il proverbio:

(6) *Arg. d. l. 1. § Trebatius, cum § seq. ff. de aqua quot. et aesti.*

(7) *L. certo generi. ff. de serv. rust. praed. l. si eo loco § fin. D. si serv. vend. et l. si cui. est via in princ. et l. si quis alia. in princ. D. quemadmodum servitutes amit. et l. si communem. § 1. eod. tit.*

(8) *Cum l. sequ. D. de servit. rust. praed.*

(9) *L. Julianus in princ. cum ibi notatis. D. de actio empt.*

Digitized by Google

Morbida facta pecus, totum corrumpit ovile,
Ne maculet socias, est separanda grege.

Et ideo scribit beatus Hiero. Resecandae sunt putridae carnes, et scabiosa ovis repellenda, ne tota domus ardeat, massa corrumpatur, corpus putrescat, et pecora intereant (1), *et ibi gloss. dicit, quod una ovis morbida totum gregem inficit* (2), *per quem dixit Guil. de Cun. et Bald. et Paul. de Castr. et Dd.*

XXI. *Quod ubicunque est hujusmodi timor infectionis, potest fieri expulsio etiam de civitate* (3), *et etiam dicit, quod si aliqua inhonesta mulier venit in viciniam* (2*), *possunt vicini facere ipsam expelli, et idem de leprosis similib.* (4), *quod bene nota: quia quotidie potest contingere.*

XXII. *Nunquid autem habens servitutem juris pascendi in fundo alieno, debeat ipsam servitutem postea dividere? Distingue duos casus, aut ambo sunt contenti dividere: aut unus tantum vult dividere, alter non. Primo casu subdistingue: aut quaeris de divisione servitutis, et ista non potest dividi, quia est indivisibilis* (5). *Et est ratio, quia servitutes rusticae reales sunt secundum indigentiam rei vel praedii dominantis: et usui in hoc aequiparantur,* (6) *et ideo sicut usus est individuus* (7) *ita etiam servitus juris pascendi, aut quaeris de fundo in quo debetur servitus juris pascendi, vel de ipsis pecoribus et in his potest fieri divisio: videlicet ut circa partem fundi pascantur, et in illa sit servitus et in aliis partibus fundi remittatur servitus,* (8) *non autem potest dividi pro parte incerta pro indiviso* (9) *et similiter non potest dividi numerus pecorum, nisi pro diviso pro pecorum numero,*

(1) *Ut habetur* 22. *q.* 3. *resecandae. et pro hoc est text. in cap. pen. vers. sicut ex una ove morbida.*

(2) 45. *dist. sed illud refert, et facit text cum gloss. in l. si finita non iunctis* [illegible] *cum hoc edicto*

La pestilente pecora
Tutto l' ovil corrompe;
Perchè nol guasti, devesi
Dal gregge separar.

E però scrive anche il beato Girolamo: « Tagliare si debbono le putride carni, e » respingere dall' ovile la scabbiosa pecora, » onde tutta la casa non arda, non si cor- » rompa la greggia, non marcisca il corpo, » e non muoiano gli animali. » E la glossa dice pure, che una pecora ammorbata infetta tutto il gregge; e Guglielmo da Cuneo, Baldo, Paolo di Castro ed i Dottori inferiscono:

XXI. Che ogniqualvolta v' abbia sì fatto timore d' infezione, si può espellere anco dalla città; e dicono eziandio, che se qualche disonesta donna viene nel vicinato (2*), i vicini possono farla cacciare; e così pure circa i lebbrosi; lo che nota attentamente, perchè può avvenire ogni giorno (*k*).

XXII. Ma chi ha la servitù del diritto di pascolo nel fondo altrui, è forse obbligato a dividerla? Distingui due casi. Od ambedue sono contenti di dividerla, od uno soltanto vuol dividere, e l' altro no. Nel primo caso suddistingui: o si parla della divisione della servitù, e non si può effettuare, perchè servitù indivisibile. E la ragione si è questa: che le servitù rustiche reali sono a seconda dei bisogni della cosa o del fondo dominante; ed in questo si equiparano all'uso; e però siccome l' uso è indivisibile, così anche la servitù del diritto di pascolo. O si parla del fondo in cui è dovuta tale servitù, o degli stessi animali, e di essi si può far divisione, cioè che si pascoli in certa parte del fondo ed in quella esista la servitù, e nelle altre parti sia tolta; non però il fondo può esser distinto in parti incerte ed indivisamente. Così pure non può dividersi il numero degli animali, se non divisamente secondo il loro numero, e non altrimenti. E

(6) *Ut l. ergo. in fin. ff. de serv. rust. praed. et not. Bartho. in l. ea. § Cato. in6. quaest. et d. l. stipulationes non dividuntur. in 4. quaest. post mediam colum. de verb. oblig.*

(7) *L. vana para. D. de usu. et habit.*

Digitized by Google

et non aliter (1) *et tenet Bart. in 2 op. dicens, non caperet etiam divisionem pro diviso: quia si fieret talis divisio, nullus erit usus: tamen si fieret huiusmodi divisio inter habentem servitutem juris pascendi, et debentem servi. puta 25 campos, omnino non comprehenditur vigore emptioni: quia in ea non est nominatum,* (2) *nec vigore statuti: quia illud non loquitur nisi in habentibus 25 campos, imo plus dico, etiam si vendens diceret, quod comprehenderetur jus pascendi, non valeret* (3). *Aut vendidit 25 campos, aut ultra: et tunc teneo, quando venditio esset simpliciter facta, nulla mentione de jure pascendi, quod venit jus pasculandi tanquam connexum,* (4) *aut pascua sive jus pasculandi competit uni suo jure proprio: puta quia emit vel aliter acquisivit jus pasculandi in fundo alterius vel communi, et vendidit postea alium fundum suum nulla habita mentione de jure pascendi, et tunc non comprehenditur illud jus pasculandi* (5).

XXIII. *Sed circa praedicta dubitari potest, an jus pasculandi quaesitum per tyrannum contra jus in praediis alienis transeat in Ecclesiam? Et dic quod non, quia Ecclesia est cultrix et auctrix justitiae, nec patitur aliquot contra justitiam in se ferre, vel in alterum, licet privatus saepe deviet a justitia.* (6) *Et quia ecclesia non succedit in aliquo turpi quaestu,* (7) *et ideo debet illis restitui, quibus est injuste ablatum, et usurpatum, vel pauperibus erogari* (8). *Tertio acquiritur servitus, sive jus pasculandi praescriptione vel consuetudine praescripta, sicut alia quaelibet servitus, et jus acquiri potest* (9), *et istud est clarum.*

XXIV. *Sed dubium potest esse quanto tempore praescribatur? Et dicendum est: requirit tantum tempus, cujus initii memoria non existat in contrarium: quoniam haec servitus habet causam discontinuam* (10), *nisi allegetur titulum et ad*

Bartolo dice, che nemmeno terrebbe la divisione *pro diviso*, perchè se fosse fatta, non vi sarebbe più uso; nondimeno se si facesse tra chi ha la servitù di pascolo e chi la deve, per esempio su 25 campi, in virtù della compera ella non sarebbe totalmente compresa perchè in quella non è nominata, e nemmeno in forza di statuto, perchè questo non parla se non di chi ha 25 campi. Anzi dico di più, che se anche il venditore dicesse che vi è compreso il diritto di pascolo, ciò non valerebbe. Che se desso vendette 25 campi o più, allora io stimo, che quando la vendita fosse fatta semplicemente, senza alcun cenno del diritto di pascolo, questo nondimeno verrebbe, siccome connesso. Che se i pascoli od il diritto di pascolo spettano ad alcuno per suo proprio diritto, verbigrazia, perchè comperò od altrimenti acquistò quel diritto nel fondo altrui o nel comune, e poscia vendette un altro fondo senza fare alcun cenno del diritto di pascolo, allora questo non si stima compreso.

XXIII. Ma circa le predette cose si può dubitare, se il diritto di pascolo acquistato da un tiranno ingiustamente sugli altrui fondi, passi alla Chiesa? Rispondi, che no; perchè la Chiesa è coltivatrice ed effettrice di giustizia, nè soffre che contro giustizia sia fatto alcunchè o verso di lei o verso altri, quantunque il privato spesso fuorvii dal giusto; e perchè la Chiesa non succede in alcun turpe acquisto; e però deve esser restituito a quelli, a' quali fu tolto ingiustamente ed usurpato, oppure si deve dare ai poveri (*l*). In terzo luogo la servitù od il diritto di pascolo si acquista colla prescrizione o colla consuetudine prescritta, come qualunque altra servitù o diritto si può acquistare, e questo è per sè chiaro.

XXIV. Ma può nascer dubbio in quanto tempo ella si prescriva? Dee rispondersi: abbisognar tanto tempo, del cui principio non resti memoria in contrario, perchè questa servitù ha una causa discontinua, però qualora non si alleghi il titolo, ed a provare

(1) *Argu. l. usufructuarium. § in vivariis, et quod ibi not. Flor. D. de usufr.*

(2) *L. in vendendo. in princip. de contrah. empt.*

(3) *Arg. l. si ita script. § regu. cum ibi not. D. de liber. et posth.*

(4) *Argu. d. § regula. cum ibi notatis per gloss. et Dd. facit l. alienatio. D. de contrah. empt. et l. traditio in prin. Dd. de acqu. rer. dom.*

(5) *Per d. l. in vendendo in prin.*

(6) *Ut est text. in c. § et si clientulus in tit. de alien. feud.*

(7) *C. ex transmissa. extra, de decim.*

(8) *Argum. c. cum tu. extra de usu. et c. cum sit minus de Judaeis. facit l. 2. et quod ibi not. Cod. de episcop. aud.*

(9) *Ut l. 1. et 2. cum ibi not. C. de servit. et l. servitutem praediorum. cum ibi not. per gloss. et Dd. ff. de serv. et l. hoc jure. § ductus aquae. D. de aqua quot. et aesti. et c. fin. cum ibi nota. ext. de consuet. cum si.*

(10) *Ut dict. § ductus aquae et l. foramen in princ. et § 1. ff. de servit. urb. praed.*

Digitized by Google

ipsum probandum deducatur, et probetur ipsum fuisse in possessione, vel quasi, huius servitutis vel juris pascendi (1) *quando nulla est conventio.*

XXV. *Sed dubium est qualiter probetur possessio, vel quasi servitutis vel juris pascendi, et sic quae personae debeant pasculasse, ad hoc ut inducatur dicta praescriptio seu consuetudo praescripta? Et in hoc distingue: aut singulares personae praetendunt, ad suam privatam tantum utilitatem praescripsisse, aut universitatis. Primo casu quando sunt singulares personae, non est dubium, quod si ipsae fuerunt in quasi possessione juris vel servitutis pascendi per se, vel alius eorum nomine, sufficit.* (2) *Secundo casu, quando est universitas, quae dicit se praescripsisse: et tunc si probetur per syndicum, vel alios, qui regunt universitatem, possedisse sufficeret,* (3) *et probatur* (4) *vel si probetur, quod major pars universitatis possederit, vel consenserit, ut aliquis per se possideret* (5) *vel etiam si probetur servum universitatis possedisse.* (6) *Sed si aliquae singulares personae de universitate possederunt, nunquid hoc sufficiat per universitatem, ut universitas videatur possedisse, vide text.* (7) *et ibi gloss.* (8) *quod facit ad usum nemoris per bestias hominum villae, et ibi Bald. exponit gloss. ut si singulares homines villae pasculaverint in nemore universitas intelligatur, licet non appareat de mandato eorum: quia patientia universitatis, loco mandati habetur,* (9) *quod ergo pauci possederunt, extenditur ad universos, et sic extenditur praescriptio seu consuetudo, secundum gl. de quo per Innoc.* (10); *et hoc quidem videtur velle Guil. de Cun.* (11) *qui dicit:*

XXVI. *Quod si aliqui, puta, 10 vel. 20 universitatis singuli usi sunt quodam nemore, in tanto tempore cujus initii memoria non extat in contrarium: licet videatur acquisitum jus illis solis, quia praescriptio est odiosa* (12), *tamen si ipsi usi sunt nomine*

lo stesso non si deduca, e si provi d'essere stati in possesso o quasi possesso di tale servitù o diritto.

XXV. Ma è dubbioso in qual modo si provi il possesso o quasi possesso della servitù di pascolo, e però quali persone debbano aver pascolato, per lo scopo di indurre la detta prescrizione o consuetudine prescritta? In ciò distingui: O singolari persone pretendono di aver prescritto soltanto per privato loro vantaggio, o per quello di un'università. Nel primo caso, quando sono persone singole, non vi ha dubbio, che se esse furono in quasi possesso della servitù o diritto di pascolo per sè, oppure un altro in loro nome, ciò è bastante. Nel secondo caso, quand' è una università che dice di aver prescritto, ed allora se ciò viene provato dal sindaco o da altri che la reggono, è sufficiente l' aver posseduto; oppur anche, se vien provato che la maggior parte dell' università ha posseduto, od ha consentito ch' altri posseda per lei; od anche se vien provato che il servo di essa ha posseduto. Ma se alcune singole persone dell'università hanno posseduto, basterà forse ciò a far credere che l' università ha posseduto? Vedi i testi relativi e la glossa; e questo serve per l' uso di un bosco esercitato dalle bestie degli uomini di una villa, e Baldo dice in proposito, che se singoli abitanti di un villaggio pascolarono nel bosco, s' intende averlo fatto l' università, benchè non apparisca averne essi avuto mandato; perchè la pazienza della università si ha in luogo del mandato. Adunque ciò che pochi hanno posseduto si estende a tutti, e così pure si estende la prescrizione o consuetudine, secondo la glossa. Lo che sembra volere anche Guglielmo da Cuneo, il quale dice:

XXVI. Che se alcuni, per esempio, 10 o 20 membri di un' università usarono di certo bosco per tanto tempo, del cui principio non resti memoria in contrario; benchè sembri acquistato a que' soli il diritto, perchè la prescrizione è odiosa, nondimeno se

Digitized by Google

rogabuntur, respondebunt, ideo usi sumus, quia universitas habet jus, et ita per tales acquiritur universitati facit (1) *et hoc inducit consuetudo, ut ibi. Nec obstat quod dicitur, praescriptio est odiosa, ergo non amplianda, quia illud verum in ipsa acquirenda, sed postquam est quaesita, facilius ampliatur* (2). *Et praedicta intellige vera, si praedictae tales personae hoc fecerint nomine universitatis, et de mandato, vel scientia universitatis, vel regentium ipsam, quo casu nedum possessio acquisita conservatur, sed etiam de novo acquiritur* (3) *et dicuntur usae de voluntate et scientia eorum quibus cura universitatis commissa est* (4) *intellige quando illi regentes sciebant dictas personas singulares uti nomine eorum seu universitatis: alias non posset universitas possidere: ex quo sunt administratores: nec sciebat per universitatem possidere: quia ad acquirendam possessionem requiritur animus* (5) *qui animus debet esse apud regentes civitatem* (6). *Et propterea in practica sis cautus ut articules et probes, quod administratores sciverint tales nomine universitatis suae possidere, sed si simpliciter dictae singulares personae usae fuissent dicto nemore, vel jure pasculandi absque mandato, et scientia universitatis vel regentium eam, in hoc distingue: Aut sunt usae nominibus propriis, et clarum est, quod nihil acquisiverunt universitati, nec in acquirenda possessione, nec in acquisita conservanda* (7).

XXVII. *Quia actus agentium non debet operari ultra intentionem eorum* (8). *Aut sunt usae nominibus propriis, et universitatis, vel universitatis tantum: et hoc non constat; et idem: quia paria sunt non esse, vel esse, et non apparere* (9). *Aut constat, quod fuerunt usae absque mandato vel scientia universitatis, vel gubernantium eam: et tunc aut tractatur de possessione vel quasi, acquisita universitati conservanda, et prodest universitati* (10), *aut tractatur quasi de possessione, vel quasi de*

(1) *L. sed ea. de leg. et. l. an in totum. C. de aedific. privat. et l. 2. C. quae sit long. consuet. et hoc dicit consuetudo, ut ibi.*

(2) *L. apparet. ff. de itin. act. priva. facit. C. de arg. et cens. l. cum sumus. lib. 10.*

(3) *Per d. l. primam cum l. seq. ff. de*

sta; imperocchè se saranno interrogati risponderanno: abbiamo usato, perchè l'università n' ha diritto, ed in tal modo il diritto è acquistato all' università. Ned osta a ciò, che la prescrizione sia odiosa, e però da non allargarsi, perchè questo è vero circa lo acquistare la stessa, ma dopochè è acquistata, facilmente si amplia. E le ora dette cose intendi procedere, se le suindicate persone usarono a nome dell' università, e per mandato o con scienza della stessa, o di chi la regge; lo che essendo, non solo si conserva l' acquistato possesso, ma eziandio s' acquista di nuovo. E si dicono aver usato per volontà e scienza di quelli, a' quali è connessa la cura dell' università; cioè a dire, quando coloro che la reggevano, sapeano che i detti singoli membri usavano a nome loro o dell' università; altrimenti questa non potrebbe possedere, per ciò ch' essi sono amministratori, ed ignoravano di possedere per lei; e la ragione è questa, che per acquistare il possesso occorre l' animo, il quale animo dev' essere nei rettori della città. Per la qual cosa in pratica osserva la cautela di articolare e provare, che gli amministratori sapevano che i tali possedevano a nome della propria università. Ma se le dette singole persone avessero usato semplicemente del prefato bosco, o del diritto di pascolo, senza mandato e scienza della università o de' suoi rettori, allora è d'uopo distinguere. Od hanno usato a nome proprio, ed è manifesto che niente acquistarono all' università, nè in conseguire il possesso, nè in conservare l' acquistato.

XXVII. Imperocchè l' atto degli agenti non deve operare oltre la loro intenzione. Od hanno usato a nome proprio e dell' università, o di questa soltanto; ma se questo non consta, sarà eguale l' effetto, perchè è una stessa cosa il non essere, e l' essere e non apparire. O consta, che usarono senza mandato o scienza dell' università o de' suoi rettori; ed allora, o si tratta del possesso o quasi possesso acquistato a quella, da conservarsi, e l' uso giova all' università. O si tratta del possesso o quasi da acquistarsi

(5) *L. 3. in princ. et l. quemad. ff. de acq. poss.*

(6) *Ut d. l. 1. § fin. cum l. sequ. eod. tit.*

(7) *L. sicut. § 2. ff. quod cujusque univers. no.*

(8) *L. non omnis, ff. si cert. pet.*

(9) *L. ... fando, et l. Rutilia, ff. de con-*

... Gulielm. de

Digitized by Google

novo universitati acquirenda, et tunc videtur quod jus possessionis vel quasi, quaerere universitati non potuerunt (1), *et hoc videtur probari hac ratione: quia sicut per civem non potest quaeri civitati ratione subjectionis* (2), *ita multo minus videtur per rusticos posse quaeri villae suae, vel per alias personas singulares universitati suae. Sed ista ratio non videtur bona, quia Rofr. et Paul. de Cast.* (3), *tenent contrarium, scilicet quod per civem, et ejus stipulationem acquiratur civitati, sicut per filium patri: quia non est minor subjectio, quam filialis* (4), *et non minus quis nascitur suae reip.* (5). *Ego vero teneo, quod non acquiratur civitati* (6). *Nec obst. dum dixi, per civem acquiri posse civitati, sicut per filium patri, quia hoc non puto verum, quia non reperitur jure cautum. Et contrarium not. communiter Dd.* (7). *Praeterea in alia universitate quam civitate vel patria, non procederet sine dubio per praedicta.*

XXVIII. *Sed aliud dubium quotidianum potest ocurrere: nunquid jus pascendi competens villae vel universitati, possit probari per homines 10 villae vel universitatis? Ista quaestio ponitur per Cyn.* (8) *qui dicit, quod quando disputatur de pascuis et nemoribus, in quibus bestiae singulorum depascunt, et singuli ligna incidunt, si inducantur homines de dicta villa ad testificandum, eorum testimonium non est idoneum: quia licitur testimonium in re propria, ex quo ad eum spectat commodum* (9), *sed si singuli non sentirent aliquod commodum in particulari, sed tantum in communi: quia solum afferretur commodum in communi, puta quia animalia solum in communi pascebantur, vel pro communi tantum ligna incidebantur, tunc possent esse testes* (10), *et etiam ita tenet Jac. de Ra. et Spec. et quamplures antiqui et moderni Dd.* (11), *et idem tenet in effectu Bald.* (12), *qui dicit, quod si utilitatis effectus non distri-*

per la prima volta dall'università, ed allora sembra che non abbiano potuto acquistare alla stessa il diritto corrispondente che pare esser provato con questa ragione: che siccome il cittadino non può acquistare alla città in causa della sua soggezione, così molto meno può il villico acquistare al suo villaggio, e qualunque altra singola persona alla sua comunità. Ma questa ragione non sembra buona, perchè Roffredo ed il Castrense pensano il contrario, cioè che la città acquisti mediante il cittadino, e per la sua convenzione, come il padre mediante il figlio, perchè la sua soggezione non è maggiore della figliale. Io poi stimo, che non si acquisti alla città. Ned osta il dire, che il cittadino può acquistare alla sua città, come il figlio al padre, perchè io credo che ciò non sia vero, dacchè non si trova ammesso in diritto, mentre i Dottori comunemente notano l'opposto. Oltracciò questo non procederebbe in un'altra università, che non fosse la città o la patria, in virtù delle cose anzidette (m).

XXVIII. Se non che può sorgere un altro dubbio quotidiano; cioè, se il diritto di pascolo spettante ad una villa od università possa esser provato da 10 uomini di essa villa od università? Cotesta è quistione formata da Cino, il quale dice, che quando si disputa di pascoli e di boschi, ne' quali pascolano gli animali dei singoli, ed i singoli tagliano legna, se si chiamano tali uomini a far testimonianza, questa non è idonea, perchè si dicono esser testimonii nella cosa propria, dacchè ad essi appartiene il vantaggio. Ma se i singoli non risentissero alcuna utilità in particolare, bensì soltanto in comune, perchè il vantaggio sarebbe recato al comune, verbigrazia, perchè gli animali pascolavano solamente in comune, od in comune soltanto si tagliavano legna, allora potrebbero essere testimonii; lo che è tenuto da moltissimi dottori antichi e moderni. E così pensa anche Baldo, il quale dice, che se l'effetto del vantaggio non si distribuisce

(1) *Per text. in d. l. 1. § fin. cum l. seq. ff. de acqu. poss.*
(2) *Ut not. Bart. in l. si ita stipulatus, § Chrysogonus, ff. de verb. oblig. et l. 1. ff. de jure fis.*
(3) *In d. § Chrysogonus.*
(4) *Ut l. veluti. ff. de just. et jur.*
(5) [illegible]
(7) *In d. l. si ita stipulatus, § Chrysogonus, D. de verb. oblig.*
(8) *In l. parentes, in fin. C. de test.*
(9) *L. 1. § in propria. ff. quam appel. sit conjuncta l. omnib. C. de testib.*
(10) *Argum. l. in tantum. § universitatis. de rer.*

Digitized by Google

buitur in singulos, sed pertinet ad bursam universalem: tunc recipiunt testimonium singulorum: quia bona sunt divisa, scilic. universitatis, a bonis singulorum: secus ubi utilitatis effectus distribuitur in singulos. Ista fuit opin. originalis Cyn. (1), *quam quidam non habent: licet Paulus ipsum non alleget: imo contra eum concludunt, quae opin. Paul. licet esset vera, tamen videretur esse limitanda, quando ille qui reduxit opus non fuit in dolo: secus si fuisset, puta quia sciebat se teneri ad servitutem, non posse opus contra servitutem facere: quia tunc videtur, quod propter dolum suum perdat facultatem reducendi rem in pristinum statum* (2), *sed certe illa jura loquuntur in actione noxali, in qua interesse praestari potest domino damnum passo, non servo qui dedit damnum: cum forte valeret multo minus quam fit damnum, secus videtur esse in casu nostro, in quo non interest ejus cui servitus debetur, ut damnum majus resarciatur, quam ut res in pristinum statum reducatur: et si aliquid interesset, plus etiam illud posset peti* (3). *Communis tamen opin. Dd. videtur esse, quod fiat distinctio: Aut corpus factum est reducibile, vel non, ut supra dixi. In hoc tamen breviter concludas: Aut ille cui debetur servitus, reducto fundo servientis ad culturam, vult agere actione* l. Aquil. *ad emendationem damni, et potest; si fundus non esset reducibilis ad priorem statum; et istud non habet dubium* (4). *Aut est reducibilis ad priorem formam, et tunc tene quod similiter possit agi ad emendationem damni; per dicta jura, sed erit in facultate debentis servitutem, reducere opus ad pristinum statum: et ita potest loqui* (5) *per ea quae dixi secundum Paul. aut agere vult actione l. Aquiliae, ut res in pristinum statum reducatur, et tunc aut non est reducibilis, et non potest* (6), *et istud est clarum. Aut res est reducibilis in pristinum statum: et in hoc teneo quod agere possit, ut reducatur, et praestando interesse liberaretur* (7), *et ita videtur communis opin. Aut ille cui debetur*

fra' singoli, ma spetta alla borsa universale, allora si ammette la testimonianza de' singoli, perchè i beni dell'università sono divisi da quelli dei singoli; ed altrimenti, qualora il frutto dell' utilità si distribuisca fra' singoli. Questa è un' opinione originale di Cino, che non si trova in altri, sebbene Paolo non citi lo stesso; anzi gli altri conchiudono al contrario, che sebbene l' opinione di Paolo sia vera, tuttavolta sembra doversi limitare, allorchè quegli che ridusse il lavoro non fu in dolo, ed altrimenti se lo fu; per esempio, perchè sapeva d'essere obbligato alla servitù, e non poter fare alcuna opera contro la stessa; essendochè allora sembri, che per il proprio dolo perda la facoltà di ridurre la cosa nello stato primiero. Ma certamente i testi allegati parlano dell' azione *noxale*, in cui il risarcimento può esser prestato al padrone sofferente un danno, non al servo che lo recò, perchè forse valerebbe molto meno che il danno stesso. Diversamente sembra avvenire nel caso nostro, nel quale non importa a quello, cui la servitù è dovuta, che il danno sia risarcito piuttosto che la cosa sia restituita nel suo pristino stato; e se qualche cosa glien' importasse, anche questo inoltre potrebbe esser chiesto. Sembra però comune opinione de' dottori, che si distingua così: O il lavoro fatto è riducibile, o non lo è, come sopra. Rispetto a questo però conchiuderai brevemente: O quegli, cui è dovuta la servitù, ridotto a coltura il fondo serviente, vuole agire coll' azione della legge Aquilia a riparazione del danno, e lo può, qualora il fondo non sia riducibile al pristino stato, ed in ciò non v' ha dubbio. Od è riducibile alla primiera forma, ed allora tieni per fermo che similmente si possa agire per la riparazione del danno, ma sarà in facoltà di chi deve la servitù di ridurre il lavoro allo stato primiero. O vuole agire coll' azione della legge Aquilia onde la cosa sia restituita nella pristina condizione, ed allora, o non è riducibile, e nol può, e questo è chiaro; od è riducibile, ed in tal caso io credo che possa agire affinchè sia ridotta, e l' avversario col prestare risarcimento sarà liberato; e questa sembra opinione comune. Oppur quegli, cui la servitù è dovuta, vuole agire

(1) *In d. l. 1. C. de leg. Aqu. in addit. sua parva.*

(2) *Argum. l. pen. § fin. ff. commod. et l. si servitutem, de pign. act. l. inter causas, § et cum servus, ff. mand. l. quod in princ. D. de noxa. cum simil.*

(3) *Per l. si cum dies, § fin. cum l. seq. D. de arb.*

(4) *Et ita loquitur. l. 1. et 2. in princip. C. ad leg. Aquil. cum simil.*

(5) *D. l. 2. in fin.*

(6) *Secundum Cyn. Bald. Angel. et Salyc. in d. l. 1.*

(7) *Per ea quae statim dicam in casu seq.*

Digitized by Google

servitus, vult agere actione confessoria, et in hoc stat dubium, an possit agere ad reducendum rem in pristinum statum, ubi potest reduci: an vero debeat agere ad interesse tantum quia in actione confessoria venit interesse (1).

XXIX. *Et quia in obligationibus facti venit oblig. ad interesse* (2). *Contrarium tamen teneo, videlicet ut possit agi confessoria ad opus in pristinum statum reducendum, quod sic probatur: quandocunque factum est in obligatione ex dispositione legati, semper quis tenetur ad factum* (3). *Sed ista patientia, quod quis possit cum suis pecoribus pasculari in fundo debente servitutem, venit ex dispositione legali* (4), *ergo ad illam praecise cogi poterit, nec liberabitur debens servitutem, si vult praestare interesse. Si vero opus est factum, eo cui servitus debetur ignorante, et sic nec expresse, nec tacite consentiente: quia tunc aut erat ignorantia facti, quia nesciebat opus fieri, facti puta: vel quia bene sciebat opus fieri, in fundo servientis, sed ignorabat fundum illum sibi servientem, vel ignorabat servitutem sibi deberi, et sibi in aliquo non praejudicat: et erit idem quod est in casu praecedenti, quando scivit, et contradixit* (5). *Aut erat ignorantia juris, puta quia sciebat fundum debere sibi servitutem juris pascendi, et sciebat opus fieri contra servitutem debitam: sed ignorantia juris ductus credebat dominum fundi posse illud opus facere in sui praejudicium: ideo tacuit, et non contradixit: et tunc idem, quia etiam error juris in hoc casu, ubi tractatur de damno suo evitando, sibi non nocet* (6).

XXX. *Superest alia quaestio an ille qui reperit animal in fundo, in quo sibi debetur servitus juris pascendi, possit ipsum occidere, vel retinere donec reficiatur damnum quod dedit, vel donec cognoscatur,*

con l'azione confessoria, ed il dubbio sta in ciò, se possa agire per la restituzione della cosa nel pristino stato, qualora possa ridursi, oppure, se debba agire pel risarcimento soltanto, dacchè nell'azione confessoria viene il risarcimento,

XXIX. e nelle obbligazioni di fatto è compreso l'obbligo di risarcire. Tuttavolta io tengo l'opposto, cioè, che si possa agire coll'azione confessoria, onde il lavoro sia ridotto allo stato primiero; lo che è provato da ciò, che quantunque volte nell'obbligazione entra un fatto per disposizione di legge, sempre alcuno è obbligato ad esso fatto. Ma questa pazienza, che alcuno possa pascolare con le sue pecore nel fondo obbligato a servitù, procede da disposizione di legge. Dunque chi deve la servitù potrà esser costretto a prestare la stessa precisamente, nè sarà liberato, se vorrà dare il risarcimento. Se poi il lavoro è fatto nell'ignoranza di quello, cui la servitù è dovuta, e però senza il suo consenso tacito od espresso; dacchè in tal caso, od era in una ignoranza di fatto, non sapendo che l'opra era compita, oppur sapeva che l'opra era fatta nel fondo serviente, ma ignorava che questo fosse obbligato a servitù verso di lui, siccome ciò non gli pregiudica punto, così avverrà lo stesso come nel caso precedente, cioè quando seppe e contraddisse. O l'ignoranza era di diritto, verbigrazia, perchè sapeva che il fondo gli doveva la servitù di pascolo, e che il lavoro era fatto in opposizione ad essa; ma travolto da errore giuridico, stimava che il padrone del fondo potesse farlo in suo pregiudizio; e perciò tacque e non si oppose; ed allora accade la stessa cosa, perchè anche l'errore di diritto in questo caso non nuoce, trattandosi di evitare il proprio danno (*n*).

XXX. Resta un'altra questione, cioè, se quegli che trova un animale nel fondo, in cui gli è dovuta la servitù del diritto di pascolo, possa uccidere lo stesso o ritenerlo, finchè sia rifuso il danno che arrecò, o

Digitized by Google

et per Dd. (1). *Ex omnibus breviter ita concludas. Aut volo occidere animal, quia inveni in fundo meo, vel mihi servitutem debente, et non possum* (2), *aut non volo ipsum occidere, sed verberare, vel vehementius ipsum dejicere, vel cogere ita, ut aliquod damnum patiatur, et non possum, sed debeo ipsum expellere, ac si esset animal meum, alias teneor pro damno,* d. l. Quintus in princ. § 1. *et istud non esset dubium, et nisi esset statutum in loco, quod daret potestatem praedictam faciendi. Aut nolo ipsum animal percutere vel occidere, sed retinere: et tunc aut volo retinere: quia non cognosco cujus sit animal* (3*), *donec intelligere possum ejus dominum, contra quem agere valeam, et possum ob hanc causam retinere* (3), *aut volo animal includere et retinere donec mihi satisfiat de damno et interesse, et videtur quod possim* (4). *In contrarium videtur d. l. Quintus, quam sequitur Oldra., Bart. et Dd.* (5) *tenent, quod non possit includi vel retineri* (6). *Nec obstat* d. l. *ratis,* d. § *de his, quia secundum Bart. magis est periculum in retentione animalium: quia facilius pereunt, quam in aliis* (7).

XXXI. *Quaero septimo principaliter, quomodo servitus juris pascendi amittatur? Ista quaestio decidi potest ex his quae dixi in 1. lib. in 4. quaest. pr.*

XXXII. *Sed potest ulterius dubitari, an si uni debetur servitus juris pascendi pro certo numero pecudum, et ipso usus est pro ampliori numeri, an propter hoc amittatur servitus? Et dicas quod non, ex quo plus fecit, quam sibi deberetur* (8).

XXXIII. *Item quid si debeatur servitus juris pascendi cum certo genere pecudum, et usus est servitute cum alio genere, puta equarum vel vaccarum, an per hoc amittatur servitus? dicas, quod sic: et idem quando debebat uti certo tempo-*

(1) *In l. hoc amplius.* § *de his ff. de damn. per Barthol. in l. ratis. ff. de incend. rui. et naufr. Flor. in l. Quintus ff. ad leg. Aquil. per text. gloss. Ant. de Butr. in c. si laeserit, extr. de injur. et*

culatore e da altri Dottori. Da tutto che hanno detto gli stessi trarrei brevemente la seguente conchiusione. O voglio uccidere l'animale, perchè l'ho trovato nel fondo mio, od in quello che mi deve servitù, e non lo posso. O non lo voglio uccidere, ma battere o cacciarlo violentemente, o far in modo che soffra alcun danno, e non lo posso, ma devo espellerlo, come se fosse un mio animale, altrimenti sarò tenuto pel danno; e questo avverrebbe fuor di ogni dubbio, qualora non vi fosse uno statuto nel luogo che concedesse facoltà di operare siffattamente. Oppure non voglio percuotere od uccidere lo stesso animale, ma ritenerlo, perchè non so di chi sia, finchè sappia chi è il suo padrone, contro il quale possa agire, ed allora lo posso ritenere per questo scopo. Oppur voglio chiudere e ritenere l'animale (3*), finchè mi soddisfaccia del danno e del lucro mancato, e sembra ch'io lo possa. In contrario apparisce stare la legge *Quintus ff. ad leg. Aquiliam*, Oldrado, Bartolo, Baldo ed i dottori, i quali stimano che non si possa chiudere o ritenere. Ned ostano a ciò la legge *ratis. ff. de inc. ruin. et nauf.* ed il § *de his ff. de damn. inf.* perchè, secondo Bartolo, vi ha maggior pericolo nella ritenzione degli animali, essendochè più facilmente periscano delle altre cose (*o*).

XXXI. In settimo luogo principalmente dimando: in qual modo si perda la servitù del diritto di pascolo? Tale quistione può risolversi con quelle ragioni che esposi nel lib. 1.° quest. 4 principale.

XXXII. Ma si può inoltre dubitare, se, qualora sia dovuta a taluno la servitù del diritto di pascolo per un certo numero di animali, ed egli ne faccia uso con numero maggiore, perda perciò la servitù? Rispondi che no, però che fece più di ciò che a lui era dovuto.

XXXIII. Parimente che fia, se la servitù di pascolo è dovuta ad alcuno per un certo genere di animali, ed egli fece uso di un altro, per esempio di cavalle e di vacche? perderà forse per ciò la servitù? Rispondi che sì: e così pure quando doveva

(4) *Per l. ratis, ff. de* incend. ruin. et naufr. et d. § *de his.*
(5) *In d.* § *de his.*
(6) *Per d. l. Quintus,* et idem Bald. in d. l. 2. et gloss. et Joan. Andr. et de injur. et

re vel loco, et usus est alio loco vel tempore (1).

XXXIV. *Item quid si locus debens servitutem est occupatus per tyrannum, qui usus est illis pascuis, an perdatur servitus? dicas quod non* (2), *et pro hoc facit quod not. Bald.* (3). *ubi dicit regulariter* (4) *quod Papa Romanus non perdit possessionem alicujus rei ei subtractae per rebellionem Papatus: quia Papa Ultramontanus sive justus sive injustus nomine Ecclesiae possidet: et sic Romana Ecclesia nihil perdit, quia per simplex factum retinetur servitus* (5).

XXXV. *Item quid si commune emit pascua, et unus de communi vendidit unum fundum suum proprium cum omni jure sibi spectante, an pro hoc videatur amisisse servitutem, vel saltem ipsum jus pascendi? Et videtur quod sic ipse videatur tacite alienasse etiam illud jus pascendi* (6), *dicas contrarium, quia in venditione simplici, vel alienatione qualibet, vel instrumento, semper intelligitur exceptum jus communis: ut eleganter vult Bart.* (7), *quod not. ad q. de qua alias fui interrogatus, an si commune emit decimam omnium fundorum suorum, et unus de communi vendidit praedia sua, nunquid videatur vendidisse jus decimae cum fundis venditis, et dixi quod non, ex quo decima per commune fuerat empta, et communi acquisita* (8).

XXXVI. *Octavo quaeritur, qua actione agitur pro ista servitute juris pascendi? et dic quod illi, cui haec servitus juris pascendi debetur, competit actio confessoria* (9), *et ista actio est directa quando competit pro servitute constituta, sed si competit pro servitute praescripta, tunc esset utilis confessoria* (10), *et hoc quando debetur a praedio alteri praedio, secus si*

usare in un tempo o luogo determinato, ed usò invece in uno diverso.

XXXIV. Del pari, che fia, se il luogo, che deve la servitù, è occupato da un tiranno, il quale usò di que' pascoli: si perderà forse per questo la servitù? Rispondi che no; e giova a tal uopo ciò che nota Baldo, il quale dice, che di regola il Papa romano non perde il possesso di alcuna cosa a lui tolta per ribellione del papato; perchè il papa oltramontano, sia giusto od ingiusto, possede in nome della Chiesa, e per conseguente la Chiesa romana niente perde, dacchè la servitù si conserva mediante il semplice fatto.

XXXV. Parimente, che di diritto, se un Comune comprò alcuni pascoli, ed un suo membro vendette il fondo proprio con ogni diritto che gli spettava? Sembrerà per ciò, che abbia perduto la servitù od almeno il diritto di pascolo? Sembra che in tal guisa egli abbia tacitamente alienato anche il diritto di pascolo, seguendo un testo. Ma tu dirai l'opposto, perchè nella vendita semplice, o in qualsivoglia alienazione od istrumento, sempre s'intende eccettuato il diritto comune, come elegantemente pensa Bartolo. In una questione consimile io fui altra volta interrogato: se, cioè, allorquando un Comune comperò la decima di tutti i suoi fondi, ed uno del suo corpo vendette i proprii fondi, questi sembri aver venduto insieme ai fondi anche il diritto di decima; e risposi, che no, perchè la decima era stata comperata dal Comune, ed acquistata allo stesso (p).

XXXVI. In ottavo luogo si dimanda: con quale azione si possa agire per questa servitù del diritto di pascolo? Rispondi, che a quelli a' quali è dovuta tale servitù, compete l'azione confessoria; e quest'azione è *diretta*, allorchè spetta per la servitù costituita, ed *utile* quando compete per la servitù prescritta. Lo che procede, qualora sia dovuta da un fondo ad un altro fondo;

Digitized by Google

et hoc casu si illud jus deberetur ex conventione, deberetur ex eo contractu: et si deberetur ex praescriptione cum titulo similiter competeret actio saltem utilis (1), *et si ex forma statuti praescripsit, posset agi condictione ex illo statuto* (2).

XXXVII. *Sed si quaeritur quae actio competat illi, in cujus fundo pasculatur contra debitam servitutem: dic quod datur actio in factum, puta quia unus possit pasculare in parte fundi certa, cum centum tantum pecoribus, et alius in alia certa parte fundi, cum aliis centum vel ducentis pecoribus, valeret divisio, et removeret servitutem in partibus et pro pecoribus constitutam* (3). *Aut quaeris de tempore, quo debeat pascularі: et hoc etiam dividi potest, quia tale tempus divisionem recipit* (4), *et hoc vult in effectu Bart.* (5) *qui subdit, quod licet fieri possit talis divisio respectu commoditatis temporis, et sic modificari, et modus ei adjici* (6), *tamen ipsa servitus judicatur individua: quia ejus usus est individuus* (7), *et dic usum non inferri* (8), *sed usus servitutis resultat ex patientia domini promittentis servitutes, et facto utentis* (9), *et quia secundum indigentiam fundi dominantis conceditur* (10). *Secundo casu principali, quando unus vult dividere, alter non: et in primis dicas, quod respectu servitutis dividendae non cadit ista dubitatio: quia nullo modo potest dividi* (11).

XXXVIII. *Sed quaeritur, an unus possit alium cogere ad divisionem vel fundi, vel pecorum, vel temporis pasculandi. Et in hoc subdistingue, aut ista quaestio est inter dominos praedii servientis aut inter dominos praedii dominantis simul. Si est quaestio inter dominos praedii servientis, quia unus vult dividere fundum pro parte sibi spectante, alter non vult: et tunc aut ille qui provocat ad divisionem, est major, aut minor, si est major, potest alium provocare etiam minorem ad divisionem* (12). *Et est ratio, quia nemo cogitur stare in communione: quoniam communio*

(1) *Per not. in d. l. 1. in fin. et d. authen. nisi triennale, et Bald. in l. 1. C. de usufruct.*
(2) *Per l. 1. cum ibi not. D. de cond. ex leg.*
(3) *D. l. ad certam. l. cum allis ibi alleg.*

questo caso se quel diritto fosse dovuto per convenzione, sarebbe dovuto in virtù di contratto; e se fosse dovuto per prescrizione con titolo, similmente competerebbe l'utile azione. Che se fosse prescritto in forza di uno statuto, si potrebbe agire coll'azione risultante dallo stesso.

XXXVII. Ma se si chiede quale azione competa a quello, nel cui fondo si pascola contro la dovuta servitù? Rispondi, che gli è data l'azione *in factum*, verbigrazia, che uno possa pascolare in una certa parte del fondo con 100 pecore soltanto, ed un altro in un' altra parte con altre 100 o 200 pecore: tale divisione valerebbe, e la servitù sarebbe partita e costituita per le pecore. O si dimanda del tempo, in cui si possa pascolare, e questo ancora si può dividere, perchè è possibile una divisione, ciò che in effetto vuole Bartolo, il quale soggiunge, che sebbene tale divisione si possa fare rispetto alla comodità del tempo, e perciò si possa modificare e condizionare; nondimeno la stessa servitù si reputa individua, perchè individuo è il di lei uso; e di' che l'uso non è imposto, ma risulta dalla pazienza del padrone che promette la servitù, e dal fatto dell'utente; ed è concesso secondo l'indigenza del fondo dominante. — Nel secondo caso principale, quando uno vuol dividere, ed un altro no, primamente dirai, che rispetto alla servitù da dividersi non cade dubbio, perchè in nessun modo può esser divisa (*q*).

XXXVIII. Ma si dimanda, se uno possa costringer l'altro alla divisione o del fondo, o de' li animali, o del tempo del pascolo? In tale proposito suddistingui: O si fatta quistione verte fra i padroni del fondo serviente, o fra i padroni del fondo dominante. Se fra i padroni del serviente, perchè uno vuol dividere il fondo per la parte che gli spetta, e l'altro no; ed allora, o quegli che provoca la divisione è maggiore o minore. Se maggiore, può provocare il minore a dividere. E la ragione è questa, che nessuno è costretto a stare in comunione, dacchè la comunione suole par-

(8) *Ut dicit ibi Bar.*
(9) *L. quoties, la. 2. D. de servit. et l. 3. § dare. de usufruct.*
(10) *L. ergo, in fin. de serv. rust. praed. et*

Digitized by Google

solet parere discordias (1), *imo si esset factum pactum, ut nunquam possit fieri divisio, non valet* (2). *Si est minor qui provocat ad divisionem: et tunc regulariter non potest petere fieri divisionem rei immobilis* (3), *nisi velit dividere gratia fructuum* (4), *vel quando sibi expediret* (5), *puta quia haberet socium rixosum, ut statim dicam. Si est quaestio inter dominos praedii dominantis, idem quo ad divisionem ipsius praedii dominantis communis inter eos* (6), *et etiam quo ad divisionem praedii servientis respectu juris pasculandi, videlicet ut unus in certa parte fundi, alius in alia: vel unus cum tot pecoribus, vel certo tempore: alius cum aliis pecoribus, cum certo tempore* (7), *et per ea quae dicta sunt: dum tamen hoc fiat sine damno et interesse alterius* (8). *Et adverte, quando solum quaestio est inter dominos praedii dominantis: quia unus vult dividere fundum servientis, vel numerum pecorum, vel tempus pasculandi, et alter non vult: et tunc dicendum est, ut dixi in princ. Aut est major qui provocat ad divisionem, et alter patitur damnum, si fieret divisio: quia melius pascularentur in toto fundo simul, quam de per se in aliqua parte: et tunc non posset cogi ad divisionem, ex quo dicta servitus est simpliciter constituta* (9), *nisi aliqua justa causa divisionis subesset, ut statim dicam de minore provocante ad divisionem: aut alter damnum non pateretur: et tunc regulariter posset fieri divisio* (4*).

XXXIX. *Quia nemo cogitur stare in communione, ut dictum est* (10). *Aut est minor qui provocat, et regulariter non potest* (11). *Et idem si esset ecclesia vel alius, qui prohibitus esset alienare* (12). *Sed hoc fallit, quando subesset aliqua justa causa, ut quando pecora alterius essent morbosa: quia tunc deberet fieri*

torire discordie; anzi, se fosse stipulato il patto, che non si possa mai far divisione, esso non varrebbe. Se poi è il minore che provoca alla divisione, allora di regola non può chiedere che sia fatta la divisione di una cosa immobile, se pure non volesse dividerla in grazia de' frutti, o se la divisione gli riescisse opportuna, verbigrazia, perchè il suo consocio è rissoso, come dirò adesso. Se poi v' ha quistione fra i padroni del fondo dominante, sarà lo stesso, rispetto alla divisione del medesimo fondo comune fra essi, come pure rispetto alla divisione del fondo serviente circa il diritto di pascolo, cioè che uno pascoli in una certa parte del fondo e l'altro in un'altra, oppure uno con tutti i suoi animali in un certo tempo, e l'altro cogli altri animali in altro tempo; purchè però ciò si faccia senza danno e lucro cessante dell' altro. Ed avverti, che quando vi è soltanto quistione fra i padroni del fondo dominante, perchè uno vuole dividere il fondo serviente, od il numero delle pecore, od il tempo del pascolo, e l'altro non vuole, in tal caso deve dirsi come in principio. Od è il maggiore che provoca alla divisione, e l' altro soffre danno se si effettua, perchè meglio si pascola insieme in tutto il fondo, che disuniti in qualche parte; ed allora questo non si potrà costringere a dividere, dacchè la detta servitù è costituita semplicemente; purchè non subentrasse qualche giusta cagione di divisione, come dirò adesso rispetto al minore che la provoca. Oppur l'altro non sentirebbe danno, ed allora di regola potrebbe farsi la divisione (4*).

XXXIX. Perchè nessuno è costretto a stare in comunione, come fu detto. Od è il minore che provoca, e di regola nol può. Così pure se fosse una chiesa od altri, cui fosse vietato di alienare. Ma questa regola fallisce, quando vi abbia qualche giusta causa, come allorchè le pecore dell'altro fossero malate, perchè allora, o si dovrebbe fare la divisione, od espellere le pecore am-

(1) *L. cum pater. § dulcissimis. D. de legat. 2.*
(2) *L. et in hoc judicio, § si conveniat, D. famil. ercisc.*
(3) *L. si pupillorum, in princip. D. de rebus eor. d. l. ...*

locum, D. de servit. rust. praed. et l. Lucio. D. de aqua quot. et aesti. et l. si quid et l. praeses, et l. si manifeste, C. de serv. et aqua. et per not. in l. Gallus, § et quid si tantum, D. de lib. et posth.

Digitized by Google

divisio, vel morbosa repelli (1). *Secundo causa est, quando alter socius esset nimis rixosus, vel odiosus, aut molestus* (2). *Si vero est quaestio inter dominos praedii servientis simul: et tunc si ista quaestio est, quia domini praedii dominantis volunt inter se dividere fundum servientem, vel numerum pecudum, vel tempus pasculandi: domini praedii servientis nolunt, ut fiat aliqua divisio, sed quod omnes simul pasculentur, sicut soliti sunt pasculare, vel e contra domini praedii servientis volunt. Et videtur quod dividere possint, quia nemo, ut dixi, cogitur stare in communione. In contrarium videtur, quod nihil debet innovari contra morem veterem et antiquum* (3). *Tu dic, si sunt majores, regulariter possunt dividere* (4), *et hoc videtur tenere Alber. de Ros.* (5). *Quod tamen intellige, nisi domini praedii servientis paterentur aliquod damnum ex tali divisione, vel domini praedii dominantis. Quia tunc possunt impedire divisionem, sed si sunt minores, non possunt provocare ad divisionem regulariter. Fallit, quando subesset aliqua justa causa per ea quae dicta sunt.*

XL. *Alia est quaestio, quae convenienter subjicitur an dominus praedii servientis possit loca, in quibus debet alteri servitutes, et in quibus debet jus pascendi, puta pascua et ligna reducere ad culturam, invito domino praedii dominantis, cui debetur servitus juris pascendi: et e contra an ille cui debetur haec servitus, possit invito domino fundi reducere pascua, ita ut efficiantur meliora? Et videtur circa primum, dominum praedii servientis non posse reducere pascua ad culturam invito illo cui servitus juris pascendi debetur? Quia est contra formam et consuetudinem servitutis juris pascendi impositae* (6). *Item pro hoc l.* (7) *ubi habetur, proprietarium non posse usufructuario fundo servitutem imponere, ex quo deterior fiat conditio usufructuarii: et idem probatur* (8). *In contrarium*

(1) *Per l. Julianus, in princip. D. de act. empt. et dixi supra in hac 6. quaest. princip. circa. prin-*

morbate. In secondo luogo vi ha giusta causa, quando l' altro socio fosse troppo rissoso, od odioso, o molesto. — Se poi vi è questione fra i padroni del fondo serviente insieme, allora, se tale questione è sorta perchè i padroni del fondo dominante vogliono fra loro dividere il fondo serviente, o il numero delle pecore, o il tempo del pascolo, e i padroni del fondo serviente non vogliono che sia fatta alcuna divisione, ma che tutti insieme pascolino, come sono soliti, oppure al contrario lo vogliono; allora, dico, sembra che lo possano dividere, perchè nessuno è costretto a stare in comunione. All' opposto sembra che nulla debba essere innovato contro l' antico costume. Tu di': se sono maggiori, di regola possono dividere, lo che pur tiene Alberico da Rosate; sottintendi nondimeno: qualora i padroni del fondo serviente non soffrissero alcun danno per questa divisione, oppure i padroni del fondo dominante; perchè allora potrebbero impedirla. Ma se sono minori, di regola non possono provocare alla divisione. Si eccettui il caso però, che v' entrasse qualche giusta causa, come ho detto più sopra (*r*).

XL. Segue un'altra questione, che viene di convenienza, cioè, se il padrone del fondo serviente possa ridurre a coltivazione i luoghi ove deve la servitù ad un altro od il diritto di pascolo, verbigrazia, pascoli a bosco, senza il consenso del padrone del fondo dominante, cui la servitù è dovuta; ed all' opposto, se quegli cui è dovuta tale servitù, possa contro volontà del padrone del fondo ridurre i pascoli in guisa, che diventino migliori? Circa la prima parte sembra, che il padrone del fondo serviente non possa ridurre i pascoli a coltura a mal grado di quello, cui è dovuta la servitù di pascolo; perchè ciò è contrario alla forma e alla consuetudine della servitù imposta del pascolo; lo che si deduce da' testi, ove è detto, che il proprietario non può imporre servitù al fondo usufruttuario. All' invece sembra l' opposto, per ciò che rende mi-

(4) *Arg. l. Imperatores, D. de servitutibus rusticorum praediorum.*

Digitized by Google

videtur, ex quo fundum meliorem facit (1). *Ego in hac quaest. ita distinguerem: Aut dominus praedii servientis vult reducere usum pasculandi, puta faciendo fossata, ne aquis inundaretur, maxime tempore pluviali, vel lapides excipiendo, et potest etiam invito illo cui servitus debetur* (2). *Aut vult reducere pascua ad culturam et mutare formam fundi: puta dum esset ager sterilis et incultus, vult reducere ad prata quae secari possint: et tunc si vult, quod in illis pratis possit is, cui debetur jus pascendi, pasculari facere pecora eodem modo, et per ea tempora quibus solitus erat pasculari, et in hoc non patiatur aliquod damnum: imo utilitatem recipiat, ex quo meliora pascua efficiuntur: et idem eadem ratione, secus si damnum pateretur, puta quia erant pecudes suae nobiles, sicut sunt veronenses, et marcescerent in pratis pinguibus, tunc non posset ad prata reducere, quia diceretur mutari forma servitutis in damnum illius cui servitus debetur: quod non est concedendum, per jura primo loco allegata. Aut vult reducere ad culturam, et ibi seminare blada, et vites plantare: ex quibus non posset ille, cui servitus debetur commoda percipere: imo per ea impediretur suum jus pascendi, quia dominus praedii servientis nollet, ut tempore culturae in illis pecora pascerentur: et tunc clarum, quod non posset fieri talis reductio ad culturam in praejudicium servitutis debitae* (3), *nisi servitus juris pascendi deberetur tantum eo tempore, quo fruges collectae sunt, et pascua remanerent meliora, vel saltem non deteriora: quia hoc casu videtur, quod licitum fuerit domino praedii servientis in suo facere, quicquid vult, dummodo non noceat alteri, cui servitus debetur* (4), *et conclusio brevis est in hac quaestione. Aut dominus praedii servientis reducendo fundum suum ad culturam, vel ipsum meliorando nocet servituti juris pascendi impositae: et non potest: aut non nocet, vel prodest, et potest per praedicta.*

XLI. *Sed quid è contra, an ille cui de-*

gliore il fondo. In tale questione io così distinguerei. O il padrone del fondo serviente vuole ridurre l' uso del pascolo, verbigrazia, scavando fossati onde non venga innondato dalle acque, massime ne'tempi piovosi, od estraendo sassi, e lo può, anche a malgrado di quello cui la servitù è dovuta. O vuole ridurre i pascoli a coltura e mutare la forma del fondo, per esempio, mentre è sterile ed incolto, vuole ridurlo a prato o a fieno da falciarsi; ed allora, se vuole che in quei prati colui, al quale è dovuto il diritto di pascolo, possa far pascolare gli animali nello stesso modo ed in quei tempi nei quali prima era solito; ed in ciò fare questi non risenta alcun danno, anzi ne derivi utilità, per ciò che i pascoli si fanno migliori; ed avrà luogo la medesima conclusione per eguale motivo. Diversamente però, se l'avente diritto soffrisse danno, per esempio, perchè le sue pecore sono nobili, come sono le veronesi, e ne' prati grassi si marcissero; in tal caso non potrebbe ridurre il fondo a prato, perchè si direbbe mutare la forma della servitù in danno di quello cui è dovuta, lo che non si può permettere pei testi sopra allegati. O vuole ridurre il fondo a coltura, e seminarvi biade e piantarvi viti, dalle quali chi gode la servitù non potrebbe ritrarre vantaggi, anzi per esse resterebbe impedito il suo diritto di pascolo, perchè il padrone del fondo serviente non vorrebbe che in esso pascolassero le pecore in tempo di coltura; ed allora è chiaro, che tale riduzione non si potrebbe fare in pregiudizio della dovuta servitù; tranne il caso, che questa fosse dovuta soltanto in quel tempo, in cui i frutti sono già raccolti, ed i pascoli restassero migliori, od almeno non interiori; perchè in questo caso sembra, che sia lecito al padrone del fondo serviente di fare nel proprio fondo ciò che gli aggrada, purchè non nuoccia all'altro, cui la servitù è dovuta; ed in questa quistione la conclusione è breve. Od il padrone del fondo serviente, riducendo lo stesso a coltura, o migliorandolo, nuoce alla servitù imposta del diritto di pascolo, e non lo può; o non le nuoce, oppure le giova, e lo può, per le cose antedette (5).

XLI. Ma viceversa, può quegli cui è do-

Digitized by Google

efficiantur meliora? Et videtur quod sic, ad similitudinem usufructuarii, qui potest causam proprietatis meliorem facere non deteriorem (1). *In contrarium videtur, quod etiam nullo modo possit etiam meliorando* (2). *Sed tu circa hoc breviter conclude: aut ille, cui debetur servitus vult mutare formam vel statum rei vel fundi in quo sibi debetur servitus, puta aliquid novi addendo vel detrahendo, et non potest* (3): *aut non vult mutare statum rei vel formam, et tunc si non nocet domino fundi, teneo quod possit* (4).

XLII. *Sed circa praedicta oritur dubitatio, quid si dominus praedii servientis reduxit pascua ad culturam: puta ad segetes, vites, propter quod impediuntur pascua ei cui servitus juris pascendi debetur, an possit cogi ad reducendum praedia ad pascua, sicut erant tempore servitutis impositae, an vero debeat agi ad interesse tantum? Et videtur prima facie eum cogi posse ad reducendum in pristinum statum loca, in quibus jus pascendi debetur* (5), *ubi dicitur quod si aquatio derivata est in damnum ejus, cui servitus aquae debetur, potest peti, ut in priorem statum reducatur* (6). *In contrarium videtur, ut solum agi possit ad interesse,* arg. l. loci corpus, § in confessoria, D. si servitus vend. *et quia sicut in obligatione faciendi succedit obligatio ad interesse, et non potest regulariter quis praecise cogi ad factum* (7), *ita in obligationibus non faciendi.*

XLIII. *Quia obligatio non faciendi dicitur obligatio faciendi* (8), *et ideo videtur quod dominus fundi servientis non tenebitur reducere pascua ad culturam, ut dictum est supra, nec mutare formam servitutis constitutae: tamen quia contrarium facit, succedere debet obligatio ad interesse, ergo in ista quaestione de qua consultus extiti altius repetendo ita distinguerem tres casus, aliquando dominus praedii servientis, vel alius vult reducere fundum servientem ad culturam, fecit aliquas praeparationes tantum, aliquando incipit etiam reducere, et reduxit,*

(1) *L. aequissimum,* § *fructuarius, in princip. D. de usufruct.*

(2) *Per l. hactenus,* § *fin. in fin. de usufruct.*

(3) [illegible]

padrone del fondo serviente? Sembra che sì, a simiglianza dell'usufruttuario, il quale può fare bensì migliore la causa della proprietà, ma non deteriore. All'opposto sembra che nol possa in alcuna maniera, neppure migliorando. Ma tu intorno ciò conclude brevemente. O quegli, cui è dovuta la servitù, vuole mutare la forma o stato della cosa o del fondo serviente, verbigrazia, aggiungendovi alcunchè di nuovo o togliendovi, e non lo può. Oppure non vuole trasformare lo stato della cosa o del fondo, ed allora, se non nuoce al di lui padrone, credo che lo possa.

XLII. Ma circa le predette cose sorge un dubbio, ed è questo. Se il padrone del fondo serviente ridusse i pascoli a coltura, per esempio, a frumento ed a viti, e perciò essi rimasero impediti a quello, cui è dovuta la servitù, potrà egli esser costretto a ridurre il fondo a pascoli, com'erano al tempo della servitù imposta, oppure l'altro dovrà agire per risarcimento soltanto? A prima vista sembra che si possa costringere a restituire il fondo nel primo stato; e lo si deduce da'testi, ov'è detto, che se il trasporto dell'acqua è seguito a danno di quello, cui è dovuta la servitù d'acqua, esso può chiedere che la cosa sia ridotta nel pristino stato. Al contrario sembra che si possa agire soltanto per indennizzazione; perchè siccome nell'obbligazione di fare viene l'obbligo del risarcimento, ned alcuno può di regola costringersi ad un fatto, così avviene lo stesso nelle obbligazioni di non fare.

XLIII. Imperciocchè l'obbligazione di non fare si dice obbligazione di fare; e però sembra che il padrone del fondo serviente non debba ridurre i pascoli a coltura, come fu detto sopra, nè mutare la forma della costituita servitù. Nondimeno siccome fa l'opposto, così deve succedere l'obbligo del risarcimento. Dunque in tale quistione, circa la quale fui consultato, distinguerei i tre casi seguenti. Talvolta il padrone del fondo serviente, od un altro, vuole ridurre lo stesso fondo a coltura, ed ha già fatti alcuni apparecchi soltanto; talvolta comincia eziandio a ridurre, e riduce; talvolta ancora ridusse totalmente a coltura una gran parte

(6) *Facit l. praeses, et l. si manifeste, C. de servit. pro hoc facit l. 1. in princ. D. quod vi aut clam, et l. si colonus, et l. si tertius,* § *officium, et non totam legem. D. de aqua plu. arcend.*

Digitized by Google

aliquando etiam reduxit in totum ad culturam magnam partem, ita ut impediatur jus pascendi. Primo casu, quando vult reducere fundum nondum tamen vere reduxit: sed fecit tantum praeparamenta, propter quae forte turbat istum, cui servitus juris pascendi debeatur: puta purgando loca, designando fossam, vel loca vinearum, vel alia similia faciendo, quo casu potest dici, quod vult incipere, vel quod incepit (1), *et tunc potest succurri ei, cui servitus juris pascendi in illo fundo debetur, nov. oper. nunc.* (2), *et hoc quando ab alio, quam a domino a quo esset servitus ista debita praedio urbano* (3). *Secus si deberetur pro praedio rustico* (4), *potest tamen contra dominum sibi subveniri per actionem confessoriam, per quam dominus praedii servientis tenetur ad patientiam* (5). *Et per hanc confessoriam potest etiam agere ad interesse, et ad fructus* (6). *Secundo casu quando incepit reducere, quod tamen non est perfecte, quod quando sit* (7), *aut opus, de quo quaeritur, est formiter, ut domus, theatrum, et similia: et tunc non dicitur perfectum, sed futurum, nisi habeat consummationem in formam, aut est opus simpliciter, et informiter, et tunc quicquid est factum, potest dici opus imperfectum* (8), *et idem et clarius vult Bart.* (9). *Et ego dixi plenius* (10), *et tunc similiter habent locum omnia remedia, de quibus supra dixi, et plus dico, quod poterit ille, cui servitus debetur agere contra reducentem ad culturam, ad destruendum opus, seu partem operis factam, si factum est, nunciatione novi oper. prius facta* (11) *in casu quo locum habeat nunciatio nov. oper.* (12). *Si autem non est factum, spreta nunciatione, quia nulla facta fuit* (13). *Tertio casu, quando jam dominus praedii servientis reduxit in totum ad culturam magnam partem, ita ut impediatur jus pascendi: an tunc poterit agi per illum cui debetur servitus, ut cultura reducea-*

del fondo, così che il diritto di pascolo resta impedito. Nel primo caso, quando, cioè, vuole ridurre il fondo, ma però non lo ha veramente ridotto, avendo fatto soltanto alcuni apparecchi, in forza de' quali per avventura turba colui, cui è dovuta la servitù di pascolo: per esempio, ha purgato alcuni siti, ha tracciato una fossa o scavati i buchi per le viti, o fatte simili cose, per modo che possa dirsi che vuol cominciare o che principiò; ed allora colui, cui è dovuta la servitù di pascolo in quel fondo, può esser soccorso colla denunzia di nuova opera; lo che procede allorquando la servitù è dovuta ad un fondo urbano, non già quando è dovuta ad un rustico. In questo caso però il possessore della servitù può essere sorretto coll' azione confessoria, per la quale il padrone del fondo serviente è obbligato alla pazienza. E mediante questa confessoria può altresì agire pel lucro cessante e pei frutti. Nel secondo caso, quando cominciò a ridurre, benchè però non perfettamente, come avviene talvolta; od il lavoro, di cui si tratta, è formale, come una casa, un teatro, e simili, ed allora non si dice perfetto, ma da compirsi, purchè non sia finito circa la forma; od il lavoro è semplice ed informe, ed allora ciò ch' è fatto, si può dire un' opera imperfetta. Egualmente, e più chiaro ne parla Bartolo, ed io ne discorsi altrove più ampiamente. Nei detti casi similmente hanno luogo tutti i rimedii sopraindicati, e dico di più, che quegli, cui è dovuta la servitù, potrà agire contro chi riduce a coltura perchè l'opera sia distrutta, ossia la parte compiuta di essa, facendo prima la denunzia del nuovo lavoro. Se poi nulla fu fatto, allora si può tralasciare la denunzia. Nel terzo caso, quando già il padrone del fondo serviente ridusse totalmente a coltura gran parte di esso così, che il diritto di pascolo resti impedito, potrà allora colui, cui la servitù è dovuta, agire affinchè

(1) *Per text. l. 1. § coepisse, ff. de pollic. et per not. gloss. in l. de pupillo. § nunciationem, in*

(6) *L. loci corpus, § in confessoria, D. si serv. vend.*

Digitized by Google

tur ad pascua, an vero tantum ad interesse? ista quaestio formatur per gloss. et Dd. (1). *Quae est valde dubitabilis, in qua ista distinguerem, comprehendendo omnes casus qui verisimiliter possent contingere: videlicet, quod aut est facta nunciatio nov. oper. legitime antequam opus illud fieret: et tunc si est factum spreta nunciatione, et est servitus urbana, totum potest peti ut destruatur. Secus si est rustica* (2). *Aut non est facta aliqua denunciatio novi operis, vel de jure fieri non potuit: tunc aut ille cui servitus juris pascendi debetur scivit opus fieri, et consensit expresse, aut non consensit expresse: sed eo sciente et patiente factum opus est: aut eo sciente et contradicente, et ignorante.*

il ridotto sia restituito a pascolo, oppure soltanto ond' essere risarcito? Tale quistione è formata dalla Glossa e dai Dottori, ed è molto dubbia. Io però così in essa distinguerei, comprendendo tutti i casi che verisimilmente possono accadere; cioè: o la denunzia del nuovo lavoro è fatta legittimamente prima che quello sia eseguito, ed allora, se è fatto senza denunzia e la servitù è urbana, si può chiedere che tutto sia distrutto; non così però, se è rustica. O non fu fatta alcuna denunzia, o non potè farsi giuridicamente, ed allora o quegli, cui è dovuta la servitù di pascolo, seppe che l'opera fu costrutta e v' acconsentì espressamente, o non v'acconsentì espressamente, ma bensì l' opera fu fatta con di lui scienza e pazienza, oppure lui sciente e contraddicente, oppure con sua ignoranza. Se quegli, cui la servitù è dovuta, seppe e consentì espressamente, in tal caso non può agire per la demolizione dell'opera.

XLIV. *Si illi cui debetur servitus, scivit et consensit expresse opus fieri: et tunc non potest agere ad demolitionem operis, quia remittentibus actiones suas, non est dandus regressus* (3), *et regula, quod semel placuit, de regul. jur. in 6 nec poterit etiam agere ad emendationem damni vel interesse* (4). *Si vero eo sciente et patiente, et non expresse consentiente opus factum est: et tunc aut non fuit deceptus per aliquem errorem, vel imperitiam: et nullo modo poterit agere ad demolitionem, ut patiatur adversarius opus demoliri, ut ad pascua fundus reducatur* (5), *poterit tamen agere ad interesse, et emendationem damni* (6). *Si vero opus est factum eo sciente et contradicente, et in hoc est major difficultas, an possit cogi dominus praedii servientis ad reducendum fundum in pristinum statum, et sic ad demolitionem? Sed dic considerandam esse actionem, quam vult intentare. Aut enim ille cui servitus debetur, si non consensit, vult uti interdicto quod vi aut clam, et potest* (7). *Aut vult agere actione leg. Aquil. et videtur quod possit* (8). *In contrarium videtur, quod actio l. Aquil.*

XLIV. Perchè a quelli che rinunziano alle loro azioni, non si può concedere regresso; e neppure potrà agire per la riparazione del danno o del lucro cessante. Se poi l' opera fu fatta con sua scienza e pazienza, ma non con suo espresso consenso, allora, o non fu travolto da alcun errore nè da imperizia, e in nessuna maniera potrà agire affinchè l'avversario demolisca l'opera o soffra che sia demolita, e del fondo sia ridotto a pascolo; potrà bensì chiedere risarcimento del danno e del lucro cessante. Se poi l'opera fu fatta con sua scienza, ma in onta del suo divieto, allora v' ha maggiore difficoltà in decidere se possa costringere il padrone del fondo serviente a ridurre il suo fondo al pristino stato e però a demolire il lavoro. Ma tu di', che si deve considerare l' azione che vuole promuovere. Imperocchè, o vuole far uso dell' interdetto *quod vi aut clam*, e lo può; o vuole agire coll' azione della legge Aquilia, e sembra che lo possa. All'opposto sembra, che l'azione della legge Aquilia sia data soltanto per la riparazione

(1) *In l. 2. C. ad leg. Aquil.*

(2) *Ut l. 1. in prin. cum l. 2. et l. qui viam, cum ibi not. ff. de novi operis nunciat.*

(3) *L. quaeritur, § venditor, ff. de aedil. edict.*

(4) *Argum. l. Sabinus, versic. sin autem, ff. communi divid.*

(5) *Ut est casus in l. Labeo ait, cum l. sequent. et ibi gloss. Bart. et Dd. ff. de aqua plus. arcend. et probatur in d. l. Sabinus, versic. sed et si communi divid. et in l. qui bona, § si quis juxta. ff. de damn. infect. et hoc tenet Barthol. in l. quae dotis, circa finem, ff. solut. matrimon.*

(6) *Ut probatur in d. l. Sabinus, et d. § qui juxta, et per gloss. et Dd. in d. l. Labeo.*

(7) *Ut l. 1. et 2. in vers. impetrabis. C. ad leg. Aquil. et quando competat, colliye ex his quae not. Bart. in l. 1. in ultim. col. D. de novi oper. nunciation. et Rof. in interdicto, quod vi aut clam.*

(8) *Per l. 2. in fin. C. ad leg. Aquil.*

Digitized by Google

datur solum ad emendationem damni. Et ita tenet ibi gloss. (1) *Cyn. autem* (2) *distinguit. Aut est opus, quod non est reducibile ad pristinum statum: et tunc agi potest l. Aquil. solum ad damnum seu interesse* (3). *Aut est opus reducibile ad pristinum statum, ut est aquaeductus a cursu suo semotus: et tunc potest agi actione* l. Aquil. *ut in pristinum statum reducatur, et ita loquitur,* d. l. in fin. *quae ita debet intelligi, ut conveniat titulo, sub quo ponitur* (4), *et ita actio erit utilis, et non directa* (5), *ita tenet et sequitur Bald. Angel. et Salic.* (6). *Sed Paul. de Castr. ibi aliter intellexit dictum text. Dicit enim quod non potest agi principaliter actione leg. Aquil. ad destruendum opus factum, et reducendum in pristinum statum: sed debet agi, et in libello principaliter peti, ut condemnetur ad emendationem damni, et hoc venit jure actionis* l. Aquil. *et ad hoc est adversarius obligatus* (7). *Sed si diceret rem se velle in pristinum statum reducere, et non condemnari ad refectionem totius damni, debet audiri, et sic debet intelligi secundum eum* in d. l. in fin. *et sic cum reus habeat facultatem hoc faciendi vel reducendi rem in pristinum statum, istud est potius in solutione, quam in obligatione, sicuti est in actione noxali.*

XLV. *Ubi emendatio damni est in obligatione, et datio damni pro noxa est in solutione* (8), *et isto modo dicit cessare ambages, de quibus per gloss. et Cyn.* (9) *qui mirantur quomodo actio* l. Aquil. *detur, ut res in pristinum statum reducatur, et dicit, quod cum ista facultas reducendi in pristinum statum detur reo ex dispositione legis, videtur durare ista facultas quousque; conveniatur judicati, si fuerit condemnatus ad emendationem damni* (10), *sed quando venit ex forma contractus, non durat dicta facultas, nisi* [illegible] (11). *Sed contra*

del danno; così la glossa. Cino poi distingue. Od è opera, che non si può ridurre allo stato pristino, ed allora si può agire colla legge Aquilia soltanto pel danno o pel lucro cessante. Od è opera riducibile allo stato primiero, come un acquidotto deviato dal suo corso, ed allora si può agire coll'azione della legge Aquilia, onde venga restituito nello stato pristino; e così parla la legge 2 Cod. *ad leg. Aquil.*, la quale dev' essere intesa in modo, che convenga al titolo nel quale è posta; e però quest' azione sarà utile, non già diretta, come pensano Baldo, Angelo e Saliceto. Ma Paolo di Castro interpretò diversamente quel testo. Avvegnachè disse, che non si può agire principalmente con l' azione della legge Aquilia per la distruzione del fatto lavoro e riduzione allo stato di prima; ma che si deve agire, e precipuamente chiedere nel libello, che il costruttore sia condannato alla riparazione del danno; locchè viene di diritto nell' azione della legge Aquilia, ed a ciò è l'avversario obbligato. Ma se questi dicesse voler ridurre la cosa al pristino stato, e non essere condannato alla rifusione di tutto il danno, dovrebb' essere ascoltato, ed in questo senso, secondo lui, deve intendersi la detta legge; e però, siccome il reo ha facoltà di pagare il danno, o di ridurre la cosa al pristino stato, questo è compreso piuttosto nel pagamento, che nell' obbligazione, come avviene nell' azione *nossale*;

XLV. nella quale la rifusione del danno sta nell' obbligazione, e la dazione del danno sta nel pagamento in luogo della *nossa*. Ed in questo modo, dice lo stesso Paolo che cessano le ambagi, delle quali parlano la Glossa e Cino, maravigliandosi del come si dia l'azione della legge Aquilia, onde la cosa venga ridotta allo stato primiero: e soggiunge, che siccome la detta facoltà di ridurre al pristino stato è concessa al reo per disposizione di legge, così sembra essa durare fino a tanto che convenga al giudicato, se il reo fu condannato alla riparazione del danno; ma che però, quando deriva

Digitized by Google

dicit, principaliter potest peti, ibi ut in pristinum statum reducatur, ejus judicis cura impetrabis, sed Paul. ibi respondet per idem quod in simili dicitur (1). *Nam verum est, quod impetrabis per indirectum: nam si vellet evitare condemnationem damni dati potest restituere in pristinum statum rem, et adire judicis officium, ibi, non tamen quod si facta restitutione adhuc agens remaneret in damno, in illo possit etiam reus condemnari* (2), *et hoc ultimum tenet etiam Salic.* (3) *et ista est opinio Paul. quod non possit agi,* l. Aquil. *principaliter ad reducendum rem in pristinum statum, etiam quando opus esset reducibile. Aliquando competit actio de pastu pecoris, aliquando* l. Aquiliae: *et aliquando actio in factum* (4), *et aliquando competit actio ad exhibendum* (5), *de quibus vide per Rofred.* (6), *ubi ponit libellum petitionis et quaestionis circa praedicta* (7).

XLVI. *Nono principaliter an et quando liceat pasculari in agro alieno? Et dic, aut est servitus imposita juris pascendi conventione, et potest secundum servitutem constitutam* (8), *aut non est imposita servitus: et tunc aut est statutum, quod certo tempore quis possit in alieno pasculari* (9). *Aut non est servitus imposita, nec est lex, vel consuetudo: et tunc aut loquimur in militibus Imperatoris, qui veniunt ad aliquas partes: et tunc dicendum est, quod tempore illo non debent animalia sua dimittere, ut pascantur in pratis publicis: et si magister militis non curavit id observari, in decem libras auri punitur: quae poena imponeretur etiam destruentibus prata privatorum* (10), *et idem est dicendum in aliis militibus eadem ratione, licet male observetur, dicit tamen Barthol.* (11). *Quod provinciales debent providere, in quo loco animalia militis sine damno provincialium pascuntur: et ideo hoc dicit esse utile pro militibus Imperatoris descendentibus ad*

ta legge 2 in principio, ove dice che si può chiedere principalmente che la cosa sia ridotta al pristino stato; e Paolo risponde con quello che in simile caso si dice in altri testi. Imperocchè è vero, che si impetrerà indirettamente, perchè se si volesse evitare la condannazione del danno dato si potrebbe restituire la cosa nel pristino stato ed adire l'ufficio del giudice; non così però, che se, fatta la restituzione, l' agente rimanesse ancora in danno, il reo potesse anche in quello venir condannato. Così pensa anche Saliceto, ed è opinione di Paolo, che non si possa agire principalmente colla legge Aquilia per la riduzione allo stato primiero, neppur quando l' opera fosse riducibile. Talvolta poi compete l' azione per la pastura del bestiame, talvolta la legge Aquilia, talvolta l' azione *in factum*, e talvolta eziandio l' azione *ad exibendum*; intorno le quali consulta Roffredo, il quale dà il libello della dimanda e delle questioni relative (*u*).

XLVI. In nono luogo si chiede principalmente, se e quando sia permesso pascolare nel campo altrui? Rispondi: o la servitù di pascolo è imposta per convenzione, e si può pascolare secondo la stessa; o non è imposta per convenzione, ed allora, o v'ha statuto, che in certo tempo chiunque possa pascolare nell'altrui, e sarà lo stesso. O non vi è servitù imposta, nè vi ha legge o consuetudine in proposito, ed in tal caso, o si parla dei soldati dell' imperatore, che vengono in alcune parti, ed allora si deve dire che in quel tempo non possano lasciare che i lor cavalli pascolino ne' prati pubblici, e se il capitano di essi trascurò d' impedirlo, dev' esser punito in 10 libbre d'oro; la qual pena si dovrebbe imporre anche a chi distruggesse i prati de' privati. Così pure dee dirsi degli altri soldati per la stessa ragione, benchè tal legge sia male osservata. Nondimeno Bartolo dice, che i provinciali devono provvedere in qual luogo le bestie dei soldati possano pascolare senza danno dei provinciali; e questo dice esser utile pei soldati dell' imperatore, che discendono nel

(1) *L. si pacto quo poenam, versic. ex stipulat. agens. Cod. de pact.*

(2) *Ut in simili habetur in l. si cum dies, in fine ff. de arbit.*

(3) *In d. l. 2.*

sic. 4. circa imminentem, et in tit. de causa possess. et proprie vers. 4. cum in fundo, et in tit. de injur.

(8) *L. 1. § in praediis, D. de servit. rust. praed. et Instit. de servit. § inter rusticorum.*

Digitized by Google

partes Tusciae: ut possint petere a Tuscis sibi assignari prata, quibus possint eorum equos pascere: et intellige sine injuria militorum secundum Andr. de Barulos (1), *et ideo non debent prata provincialium molestari a militibus principis, ut l. final. eodem titulo; et dicit Bart. illam l. facere contra stipendiarios Perusii, ut non possint ature cum suis equis in pratis publicis vel privatis: bene tamen possent ipsi et alii pascuari juxta viam* (2). *Aut loquimur in aliis privatis, et regulariter quis non potest pascuari cum animalibus suis in agro alieno* (3), *nisi juxta viam sine damno, ut dictum est* (4).

XLVII. *Decimo et ultimo posset dubitari de pascuis* (5*) *publicis et privatis, in quibus non sit servitus imposita* (5), *et de illo qui dimisit equum in pascuis sine custode, quem lupus comedit, an teneatur domino, vide gloss. Bart. et Dd.* (6).

XLVIII. *Item an animal dimissum in pascuis possideatur per illum qui eum ibi dimisit* (7). *Item si aliquis accepit equum in pascuis: quia dicit se dominum illius equi, an incidat in poenam* (8).

XLIX. *Item si pastor conduxit animalia ad pascendum per insidiosa loca, et ea amiserit, tenetur, quia praecessit culpa casum* (9), *et ibi hoc not. Angel. qui dicit hoc esse intelligendum, quando duxerit scienter, vel saltem scire debuerit* (10), *et de hoc an et quando* (6*) *pastor teneatur de mala custodia, et qualiter, vide text. gloss. et Dd.* (11). *Item si est conventum inter dominum et pastorem de dividendis foetibus, qua actione sit agendum* (12).

territorio di Toscana, affinchè possano chiedere a' Toscani l'assegnazione di prati, nei quali pascolare i loro destrieri; e sottintendi, senza ingiuria de' sudditi, secondo Andrea di Barolo; e però i prati de' provinciali non devono esser tocchi dai soldati del principe, giusta la legge finale Cod. *de pace. publi.* E Bartolo dice, che quella legge giova contro i mercenarii di Peragia, i quali non possono stare co' lor cavalli ne' prati pubblici o privati, benchè abbiano facoltà essi e gli altri di pascolare lungo le strade. O si parla di altri privati, e di regola nessuno può pascolare co' suoi animali nel podere altrui, se non lungo la strada, e senza danno di alcuno, come fu detto (v).

XLVII. In decimo ed ultimo luogo si potrebbe dubitare circa i pascoli (5*) pubblici e privati, sui quali non fu imposta servitù; e intorno a questo vedi i testi relativi (x); come pure intorno a quello che lasciò il cavallo nel pascolo senza custode, ed il lupo lo mangiò, se sia tenuto verso il padrone, vedi la Glossa, Bartolo ed i Dottori.

XLVIII. Del pari se l'animale lasciato ne' pascoli sia posseduto da quello che lo lasciò, vedi i testi relativi; così pure si osserva rispetto alla questione se vada soggetto a pena colui che prese il cavallo ne' pascoli, dicendo di esserne padrone.

XLIX. Parimente se il pastore avrà condotto gli animali al pascolo per difficili passi, e li avrà perduti, sarà tenuto perchè la colpa ha preceduto il caso; intorno a che dice Angelo doversi sottointendere: allorquando li avrà condotti scientemente, od almeno doveva sapere del pericolo. Se poi e quando (6*) il pastore sia tenuto per la cattiva custodia, ed in qual modo, vedi i testi, la Glossa ed i Dottori. Così pure vedi in essi con quale azione si debba agire se fu convenuto fra il padrone ed il pastore di dividere i prati (y).

(1) *In lib. 2. eodem. tit.*

(2) *Ut cap. 1. § final. in tit. de pace, in utili. feud. Quod declara ut dixi supra eodem in 5. quaest. princip. vers. quinto acquiritur.*

(3) *L. Quintus, D. ad l. Aquil. facit l. divus, dixi in l. quis sit fugitivus, § apud Labeonem D. de actil. edict.*

(7) *Vide text cum gloss. in verb. oberraverit in l. 3. § Nerva filius, D. de acquir. possess. et ibi Doct.*

(8) *L. si quis in tantum, C. unde vi? vide ibi*

Digitized by Google

L. *Item si quis est in possessione alicujus pascui, et eo tantum utatur certo tempore anni, an per hoc retineat suam possessionem: dicas quod sic* (1). *Plura possent de pascuis et pastoribus dici, sed brevitatis causa ista sufficiant: quia non est proprie materia servitutum, etc.*

(1) *L. 3. § saltus, D. de acquir. possess.*

L. Così pure, se taluno è in possesso di un pascolo, e ne faccia uso soltanto in certo tempo dell' anno, conserva egli con ciò il possesso? Rispondi, che sì. Parecchie altre cose si potrebbero soggiungere circa i pascoli ed i pastori, ma basteranno le già dette per amore di brevità; dacchè questa non è veramente materia di servitù (z).

(1*) *Numerus.* — Numerus major facit praesumi majorem veritatem, in Specul. (1) ubi etiam ponit quando praeferatur numerus dignitatis testium. Et numerus major facit praesumi majorem zelum (2)

(2*) *Vicinum.* — Vicinus non potest retinere meretricem in domo inutilis vicinis (3).

(3*) *Animal.* — Animal in damno repertum, et retentum, vel pro pignore captum si pereat, debet per officialem emendari.

(4*) *Divisio.* — Divisionem judex facit, si partes discordant (5). Divisionis libellus quomodo formetur, vide Barth. et Bald. (6).

(5*) *Pascuis.* — Pascuorum consuetudo inspici debet (7).

(6*) *Pastor.* — Pastor tenetur de custodia (8).

(1) *In testib. § 1. versic. quid si dicunt, et gloss. 4. quaest. 3. si testes, § in testib.*

(2) *In Specul. de elect. § 1. ver. publicatione.*

(3) *Vide Guil. de Cun. in l. 2. C. de ium. Trinit.*

(4) *L. quemadmodum § magistratus, D. ad legem, Aquiliam.*

(5) *Vide Paul. de Cast. consil. 92.*

(1*) *Numero.* — Il numero maggiore fa presumere una maggior verità. Così lo Speculatore, il quale mostra quando il numero dei testimoni vada preferito alla importanza degli stessi. Ed il numero maggiore fa presumere uno zelo maggiore.

(2*) *Vicinità.* — Il vicino non può tenere una meretrice in casa a mal grado degli altri vicini.

(3*) *Animale.* — L' animale trovato a far danno e ritenuto, o preso in pegno, qualora perisca, deve essere risarcito officialmente.

(4*) *Divisione.* — Il giudice fa la divisione se le parti non sono d' accordo. In qual modo si formi il libello di divisione, vedi Bartolo e Baldo.

(5*) *Pascoli.* — Si deve aver riguardo alla consuetudine dei pascoli.

(6*) *Pastore.* — Il pastore è tenuto alla custodia.

(6) *In l. ad officium, C. communi divid. et in l. 1. eod. titul.*

(7) *Bald. in titul. de pac. Constan. § mos Romanorum, in 3. colum. ver. et not. hoc expressum, et not. in l. 1. § denique, et l. 2. D. de aqua plu. arcend.*

(8) *In Specul. de act. feud. pe. § 3. vers. item not. quod si in fin.*

ANNOTAZIONI AL CAPO IX.

(*a*) Questa servitù al n.° 3 del § 477 del Codice civile austriaco è chiamata quella di guardare e pascolare il bestiame. Naturalmente il bestiame del mio fondo sul fondo altrui.

Anche a questa servitù è congiunto per quel Codice il necessario passaggio.

Anch' essa è compresa tra quelle portate dall' art. 686 del Codice Napoleone e vi è congiunto il necessario passaggio per l' art. 696.

Il fondo che deve il pascolo può essere anche non vicino, come ho detto nell' annotazione *a* al Capo VIII del presente Trattato.

(*b*) Il diritto di pascolo è qui considerato come servitù prediale. In questo senso il pascolo mi par sempre privato anche se ne viene esercitato il diritto su immobili camerali o comunali, come li chiamano i §§ 287 e 288 del Codice civile austriaco.

Pascolo pubblico potrebb' esser quello esercitato da tutto un pubblico p. e. da tutti i membri di un Comune su un fondo comunale. Ma quel pascolo mi par che sarebbe l' e-

Digitized by Google

Come ai acquisti pel Codice austriaco, lo dicono i §§ 480 e 481 di esso.

Veggasi intorno a tale acquisto, quanto ho detto nelle annotazioni ai Capi XIX e XX del Trattato I.

(e) 1.° Venduto o legato un fondo, se il contratto o la disposizione di ultima volontà non portano il contrario è venduta anche la servitù di pascolo che gli spetta su un fondo altrui.

E ciò perchè giusta quanto ho detto nell' annotazione *a* al Capo II del Trattato I quella servitù è un diritto reale, e perchè come tale segue il fondo cui spetta in qualunque mano esso si trovi.

2.° Venduto o legato un fondo, sono compresi nella vendita e nel legato i pascoli in altri fondi non venduti, nè lasciati in legato dal venditore o dal disponente per atto di ultima volontà, dei quali questi fino a che erano proprietarii del fondo disposto e dei non disposti facevano uso?

Vi sono compresi, se la vendita od il legato ne fanno menzione, comprendendoveli.

Non ne sono compresi se la vendita od il legato gli escludono.

Se poi la vendita od il legato tacciono su quei pascoli, allora fa d' uopo vedere se essi sieno o non sieno pertinenza, accessioni del fondo venduto o legato.

Se sì, sono compresi nella vendita o nel legato, perchè le pertinenze e gli accessorii seguono la cosa principale, tanto è vero che per l'articolo 1615 del Codice Napoleone l'obbligo di consegnare la cosa, comprende quello di consegnare i suoi accessorii e tutto ciò che fu destinato all'uso perpetuo di essa, e che pei combinati §§ 1047 e 1061 del Codice austriaco il venditore consegnar dee al compratore la cosa con tutti gli accessorii, locchè dee dirsi anche nel caso del legato.

Se no, non ne sono compresi.

3.° Se il venditore poi di un fondo avesse diritto di pascolo su altro fondo comune a lui e ad altri comproprietarii, non per titolo di servitù, ma a titolo di comproprietà di quest' ultimo fondo, mi pare che se il compratore del primo fondo non fosse divenuto comproprietario del secondo non potrebbe avere su questo quel diritto.

(*f*) 1.° Se a taluno fosse stata venduta o lasciata in legato una possessione conosciuta sotto un dato nome, avrebbe egli diritto ai pascoli in essa e sotto quel nome compresi?

Mi pare di sì quando la vendita od il legato non gli avessero esclusi.

E se così non fossero stati esclusi, mi sembra eziandio che la loro esclusione non potrebbe venir sostenuta pel motivo, trattandosi di vendita, che la suddetta possessione, volendovi compresi i pascoli, sarebbe stata acquistata per un prezzo dante motivo alla rescissione del contratto a titolo di lesione.

In questo caso il venditore non potrebbe già voler sussistente la vendita della possessione esclusi quei pascoli, ma potrebbe solo intentare l' azione di rescissione del contratto per lesione a senso degli articoli 1674-1685 del Codice Napoleone e dei §§ 934 e 935 del Codice austriaco, fino a che quell' azione non fosse prescritta.

2.° Ma se della suddetta possessione comprendente anche pascoli fosse stata venduta o lasciata in legato una parte determinata p. e. un terzo, o una quantità determinata p. e. 50 campi, senza che fosse stato stabilito od ordinato in qual punto della possessione stessa giacciano, od in che cosa debbano consistere se in terre arative, o vitate, o pascoli

Digitized by Google

pel Codice austriaco, per contentare come prescrive il § 841 di esso quel consorte, si dovessero seguire le regole tracciate nell' articolo 832 del Codice Napoleone, e che particolarmente se pascoli fossero necessarii a quel compratore o legatario per l'andamento della economica amministrazione della cosa comperata o lasciatagli in legato, anche una porzione dei pascoli compresi nella intera possessione gli dovesse essere assegnata.

3.° Nella quistione del mulino proposta dal Cipolla al § IX del presente Capo esiterei ad abbracciare la di lui opinione.

Egli dice che quando certuno avesse su un fiume un mulino: quando poco distante da questo vi fosse sito opportuno per costruirne un altro: quando egli avesse comperato quel sito da mulino, per impedire che altri avesse occasione di fabbricare su quel sito un mulino che danneggiasse il suo, e quando avesse poscia venduto questo suo mulino senza che la vendita facesse verun cenno del sito per altro mulino, anche quel sito dovrebbe ritenersi nella vendita compreso.

Esiterei in tale questione ad abbracciare la opinione del Cipolla per le seguenti ragioni.

Nulla parlando di quel sito da mulino la vendita, esso non potrebbe a parer mio pei combinati §§ 294-1047 e 1061 del Codice austriaco ritenersi in essa compreso, se non quando il sito stesso fosse pertinenza del venduto mulino.

Quel sito non è poi visibilmente pertinenza del mulino venduto, per accessione nè naturale, nè industriale, nè mista.

Non lo è perchè anche senza quel sito, il mulino se fosse la cosa principale servirebbe al proprio uso.

Non lo è perchè la legge non ha destinato quel sito all' uso continuo del mulino come cosa principale.

Non lo è finalmente perchè nemmeno il proprietario ha destinato quel sito all' uso continuo del suddetto suo mulino.

Infatti se il proprietario del sito da mulino ha costruito su esso uno di quei opifizii allora quel sito fu destinato dal suo proprietario all'uso continuo di questo mulino da lui costruito e non già all' uso continuo dell' altro.

O invece non ha costruito su quel sito verun mulino, e non lo adopera in verun modo a favore dell' altro suo mulino, ed allora invece di usarne, non usa del sito stesso a favore di questo ultimo mulino.

E se così non ne usa, non può a parer mio dirsi che abbia destinato il sito stesso ad uso continuo di un mulino pel quale non viene adoperato.

Quel sito da mulino non è dunque pertinenza dell' altro mulino in veruno dei modi stabiliti dal § 294 del Codice civile austriaco.

E se non ne è in alcuno di quei modi pertinenza, parmi che venduto il mulino senza far cenno del suddetto sito, questo non sia nella vendita compreso.

In quanto al Codice Napoleone quel sito non è considerato come pertinenza del mulino dal Troplong nel suo commento sul contratto di vendita, nè specialmente nel commento all'articolo 1615 di quel Codice, sebbene quell' autore ivi parli anche delle pertinenze od accessorii dei mulini venduti.

4.° Ma se, come ho detto nel precedente numero, nella vendita del suddetto mulino, non si ritiene compreso il sito atto a costruirvi sopra un altro mulino, e se quel sito rimase dunque proprietà del venditore, potrà il compratore del mulino, almeno proibire al suo venditore rimasto proprietario del sito stesso, di costruirvi sopra uno di quegli opifizii?

a) Se potesse proibirglielo perchè l' acquistato mulino non venga danneggiato per effetto di quella costruzione, la proibizione costituirebbe un diritto di servitù prediale.

Questa per l'articolo 689 del Codice Napoleone sarebbe una servitù non apparente, dunque pel successivo articolo 691 non potrebbe venire stabilita se non mediante titoli (documenti scritti), e non mai per possesso comunque immemorabile, quando questo non fosse sussidiato da quei titoli.

Essendo essa poi servitù non apparente, la destinazione del padre di famiglia, vale a

Digitized by Google

la suddetta destinazione del padre di famiglia tenesse luogo di titolo riguardo alla servitù stessa.

Ciò non potrebbe ritenersi perchè la destinazione del padre di famiglia pel suddetto articolo 692 e seguenti del Codice Napoleone supplisce il titolo per attribuire diritto di servitù soltanto continue ed apparenti, e perchè nel caso presente si tratta di servitù non apparente.

Dunque, se fra i proprietarii di quei due fondi, quella servitù di proibire sul suddetto sito la costruzione di un mulino fu stabilita per titolo, allora essa pel Codice Napoleone avrà luogo.

O non fu in quel modo stabilita, ed essa non avrà luogo.

b) Pel Codice austriaco poi quel diritto di proibire la costruzione del mulino nel suddetto sito a favore del mulino pervenuto colla vendita nel compratore costituirebbe egualmente una servitù prediale.

Titolo di questa per quel Codice, non sarebbe la destinazione del padre di famiglia ammessa dal Codice Napoleone, perchè ho già detto nelle annotazioni *a* al Capo XIX e *b* al Capo XXVIII del trattato I non esistere per la legge austriaca titolo di servitù per quella destinazione.

Titolo di essa servitù non sarebbe pel suddetto Codice nemmeno la immediata disposizione della legge, perchè questa non trovasi nel § 480 di esso fra i titoli d'acquisizione delle servitù.

Dunque quel diritto di proibizione non potrebb' essere fondato se non negli altri titoli da quel § portati.

Ora ad esistere uno di questi altri titoli, ed allora la suddetta servitù di proibire avrà luogo.

O non esiste ed allora non avrà luogo.

9) Vengo ora a parlare della prova che possono o no fare come testimonii, i membri di una comunità secolare (Comune) e di una comunità ecclesiastica (convento) a favore del loro corpo o d'un individuo di esso nelle quistioni sul diritto di pascolo.

1.° Per la legge austriaca, in generale la prova testimoniale è ammessa in tutte le quistioni e quindi anche in quelle sul diritto di pascolo.

Pel § 204 del nostro Regolamento del processo civile a far piena prova quando s'intenda d'instituirla soltanto per via di testimonii è necessaria la concorde deposizione di due testimonii irrefragabili, vale a dire, che non sieno nè assolutamente inabili, nè inabili relativamente, od viziosi.

In concorrenza di altri amminicoli probatorii, tutto che per se insufficienti, si può supplire la prova colla deposizione di un solo testimonio irrefragabile od anche di uno o più soggetti ad eccezione, colla differenza che secondo i §§ 204 e 205 di quel Regolamento gl'inabili assolutamente non sono mai ammessi al giuramento, quelli del § 204 se non vi ha espressa adesione, e quelli del § 205 se vi ha eccezione della parte contraria, nemmeno per supplire la prova: che gl'inabili relativamente sia semplicemente, pel successivo § 206, malgrado la eccezione della parte avversaria, ponno essere ammessi per supplire alla prova in tutti i casi nei quali il provante sarebbe ammesso al giuramento suppletorio: che infine la piena prova, pei §§ 201 e 209, può risultare eziandio da più testimonii vizioso, quando il giudice abbia valutato e determinato la pienezza di questa prova dopo matura ponderazione di tutte le circostanze.

Ciò sia detto in generale.

In particolare poi vengo alla storia che possono o non possono fare come testimonii

La prima col nome di *beni comunali* quando essi beni servono all'uso di ciascun membro del Comune.

La seconda col nome di *patrimonio comunale* quando si tratta di beni i cui redditi sono destinati a sostenere le spese della comunità.

Ora nel nostro Regno trattandosi di beni ad uso di pascoli, *beni comunali*, se non venduti come ho accennato di sopra, sarebbero quelle parti dei terreni incolti di un Comune le quali pel decreto italiano 26 luglio 1806 dovettero essere separate dalla totalità, ed essere destinate al pascolo dei bestiami del Comune stesso.

Beni comunali egualmente se non venduti, sarebbero eziandio quelle porzioni dei boschi di un Comune che secondo gli articoli 30-33 dell'altro decreto italiano 27 maggio 1811 dovettero essere separate dal resto, ed essere assegnate pel pascolo degli animali dei comunisti.

All'incontro *patrimonio comunale* sarebbero quei beni incolti non venduti di un Comune i quali pel suddetto decreto italiano dovettero essere dati in affitto temporando od a livello perpetuo, naturalmente pel fine che i relativi fitti o canoni fiveltarii fossero destinati a sostenere le spese del Comune stesso.

Del pari *patrimonio comunale* sarebbero se non venduti i beni dei così detti antichi originarii dei Comuni negli Stati già veneti, beni che per l'articolo 1.° del decreto italiano 25 novembre 1806, mantenuto in vigore dal § 6 della Sovrana Risoluzione pubblicata colle suindicate notificazioni dei Governi di Venezia e di Milano del 19 luglio 1839, dovettero essere richiamati in amministrazione delle Municipalità dei suddetti Comuni, pel fine che le loro rendite venissero applicate come le altre rendite dei Comuni in contrapposizione delle spese comunali, essendone per tal modo divenuti in forza al suddetto decreto italiano i rispettivi Comuni proprietarii.

Quali poi fra i beni dei suddetti antichi originarii sieno divenuti proprietà e *patrimonio comunale* e quali no il lettore potrà vederlo dai successivi articoli del decreto italiano stesso ancora in vigore.

A me basta qui aggiungere che quei beni degli antichi originarii divenuti *patrimonio comunale* e così destinati a fornire i redditi onde sostenere le spese del Comune, avrebbero potuto essere tramutati in *beni comunali*, vale a dire essere lasciati ad uso di ciascun membro del Comune nei casi preveduti dai decreti italiani del 26 luglio 1806 e 27 maggio 1811 dei quali ho fatto cenno di sopra.

Ma oltre a quei beni proprii di un Comune servienti ad uso di pascolo e costituenti secondo il § 288 del Codice civile austriaco o *beni comunali* o patrimonio comunale, un Comune e rispettivamente i singoli membri di esso ponno avere diritto di pascolo su fondi non comunali ma di terzi.

Questo diritto di pascolo su fondi di terzi quando andasse a vantaggio o dei beni del Comune o di quelli dei singoli comunisti sarebbe servitù prediale.

Ora quando un Comune come corpo, sia in giudizio in quistioni per diritti di pascolo, parmi risultare dal Pratobevera, trattato sulla prova testimoniale, § VI, lett. e, che sieno esclusi dal far testimonianza a favore di esso i suoi soprastanti, impiegati ed i suoi procuratori che fanno il processo, perchè deggiono ad un tempo stare garanti pei loro atti verso il Comune stesso, del quale io dico che sono mandatarii.

In quanto ai membri attivi di esso Comune, pare che il suddetto autore ritenga che se l'oggetto controverso riesce d'immediato significante utile o danno a cadauno di essi, sieno a favor del Comune testimonii inabili.

Il sarebbero poi pel § 206 del giudiziario Regolamento, quando avessero da aspettare dal processo un danno od utile non solo immediato, ma eziandio mediato.

Quando poi l'oggetto controverso non riesca d'immediato significante utile o danno ad essi membri attivi, il Pratobevera li riterrebbe soltanto come testimonii viziosi a favor del Comune.

Digitized by Google

Dunque non rimarrebbe altro che dire essere essi a favore del loro Comune, testimonii viziosi, come sembra ritenere il Pratobevera.

E ciò, malgrado che di essi come testimonii viziosi, non parlino espressamente i §§ 207-209 del giudiziario Regolamento, perchè deggiono pur essere viziosi a favor del Comune, se non sono nè irrefragabili, nè inabili.

Lo stesso scrittore osserva poi che le persone le quali semplicemente abitano nel Comune ma che non appartengono ai di lui membri attivi non sono inabili, p. e. gli affittaiuoli, gli osti, i domestici.

E conchiude col dire che in generale il giudice qui non dee essere troppo rigoroso, perchè il più delle volte le circostanze di fatto controverse non ponno essere poste in chiaro altrimenti che per mezzo dei membri del Comune, ed il dubbio nascente dall' interesse spesso insignificante dei singoli testimonii vien tolto dall' accordo e dal giuramento di molti di essi. Perlochè anche l' antica pratica austriaca ammise tali testimonianze e l' Aulico decreto 15 settembre 1787, n. 749, sembra presupporne l' ammissibilità.

Infatti quel decreto, nel mentre dice, che all' atto dell' adizione della prova ammessa da sentenza non è permesso sostituire senz' altro ai testimonii indicati nella sentenza ma morti un altro testimonio, quand' anche fosse *dello stesso Comune* ecc., del defunto, aggiunge però essere necessario che venga domandata la restituzione in intiero per introdurre nuovi testimonii invece degli ammessi e morti, e che il giudice ammetter può quella domanda quando altro non vi si opponga che l' avvenuto caso di morte dei testimonii ammessi.

Quando poi stesse in giudizio in quistioni per diritti di pascolo, non già un Comune come corpo, sibbene un membro di esso, il che potrebbe nascere allorchè un fondo di quel Comune, fosse in qualità di *bene comunale* lasciato secondo il § 288 del Codice civile, come pascolo, all' uso di ciascun membro di una Comunità, allora troverei di osservare per le leggi austriache quanto appresso.

Quel membro di un Comune può stare in quelle quistioni in giudizio, o contro il proprio Comune come corpo, o contro altri membri del Comune stesso, o contro estranei al Comune.

In ognuno di questi casi, gli altri membri del Comune la cui testimonianza il suddetto membro introducesse a proprio favore, quando avessero a risentire utile o danno immediato o mediato dal processo, sarebbero testimonii inabili secondo il § 206 del giudiziario Regolamento.

In tesi generale non ammetterei tanto facilmente che fossero a favore di quel membro testimonii irrefragabili, perchè potrebbero pur essere nel caso di risentire un danno od utile se non immediato, pure mediato dall' esito del suddetto processo, o perchè in essi potrebbe pur mancare la necessaria perfetta imparzialità.

Infatti introdotto un membro del Comune, a far testimonianza contro questo come corpo, ed a favore di altro membro del Comune, potrebbe darsi che l' utile od il danno del Comune venisse ad essere se non immediatamente pure mediatamente utile, o danno dello stesso testimonio, e che questo fosse più parziale pel Comune, che pel membro in lite con esso.

Introdotto un membro del Comune in una causa fra altro membro di questo ed un estraneo al Comune, come testimonio, è più facile che sia parziale pel membro del Comune del quale egli fa parte, anzichè per lo straniero alla corporazione, quand' anche dall' utile o dal danno del proprio consorte, non dovesse derivarne a lui o immediatamente o mediatamente utile, o danno.

Se suppongo finalmente che un membro del Comune introdotto come testimonio in una causa fra altri membri di quella corporazione, non sia più parziale per uno che per l' altro membro litiganti fra essi, non posso però supporre che sempre l' esito di quella lite sia indifferente all' interesse del testimonio stesso.

P. e. se un membro di un Comune litigasse con un altro per escluderlo assolutamen-

Digitized by Google

di un altro membro di esso, che per diritti di pascolo si trovasse in litigio o contro il proprio Comune, o contro membri terzi di questo, o contro estranei.

Tal caso potrebbe avverarsi, allorchè fosse escluso nel testimonio ogni sospetto di parzialità, fosse dimostrato non aver egli a risentire verun utile o danno immediato e mediato dal processo, ed altronde non esistesse contro di lui verun altro motivo d'inabilità o di viziosità.

Non escludo neppure, che nel caso in cui quel testimonio non potesse dirsi irrefragabile, e nel caso in cui non fosse, nè inabile assolutamente o relativamente per uno o più dei motivi enumerati nei §§ 204-206 del giudiziario Regolamento, nè vizioso per uno o più dei motivi enumerati negli altri §§ 207 e 208 del Regolamento stesso, non escludo, dico, che potesse essere considerato vizioso per qualche motivo da questi ultimi due §§ non contemplato.

Ciò poi non escludo, sulla base delle osservazioni fatte dal Pratobevera negli ultimi periodi del § IX nel suaccennato Trattato della prova testimoniale.

Osserva infatti quello scrittore « non avere la legge voluto tentare una inutile gra-
» duazione e classificazione dei testimonii viziosi secondo il grado della loro credibilità.

» Avere essa invece lasciato al giudice di valutar questa ed essergli libero di aver
» riguardo a tutti i motivi ragionevoli di verisimiglianza, ed anche a quelli che la legge
» non ha espressamente individuati, quantunque il giudice stesso non possa per questo
» contro la legge e lo spirito evidente di essa trasportare arbitrariamente sulla base di
» presunzioni i testimonii viziosi nella categoria degl' inabili, e gl' irrefragabili in quella
» dei viziosi, ovvero dichiarare incompleta una prova che la legge ha per completa.

» Soltanto » ei soggiunge « il giudice entro i confini del § 209 del giudiziario Re-
» golamento (che lascia in generale al di lui arbitrio di determinare dopo matura ponde-
» razione di tutte le circostanze quanta fede possa attribuirsi *ad un* testimonio vizioso,
» cioè a qualunque testimonio avente vizii che ne scemino la credibilità e non a quei soli
» dichiarati viziosi dai precedenti §§ 207 e 208 del Regolamento stesso) dee dar luogo
» alle presunzioni ed al proprio convincimento.

» Questi confini » continua « non sono angusti, come avremo or ora a vedere.

» Chi vorrà negare p. e. che la immoralità, il libertinaggio, la mendicità oziosa, la
» condizione, ed il mestiere non possano avere grande influenza sulla credibilità del
» testimonio?

» Un testimonio irrefragabile o vizioso ch'è immune da questi od altri difetti, sarà
» più degno di fede di un testimonio della stessa categoria, il quale gli abbia.

» Perfino il sesso e la educazione del testimonio non sono indifferenti.

» Quantunque non conosciamo veruna curatela di sesso, troviamo però escluse le
» donne pei testamenti e pei documenti capaci di essere inscritti (§§ 434 e 591 del Codice
» civile).

» Ad un testimonio istruito, crederemo certo più che ad un rozzo e ignorante, per
» ciò che riguarda oggetti che a ben comprenderli esigono della capacità, ed uno spirito
» di osservazione più esercitato ecc. »

Da tutte queste osservazioni del Pratobevera si deduce, che anche nel caso del quale ora mi occupo, un testimonio membro di un Comune, se anche non è irrefragabile, e se anche non è inabile nè vizioso pei motivi enumerati dai §§ 204-208 del giudiziario Regolamento, può essere però vizioso per altri motivi di viziosità da quella legge non espressamente contemplato, e che il giudice potendo ammetterlo a fare prova, dee però determinare la fede di cui è meritevole, dopo aver maturamente ponderato tutte le circostanze.

In tale ponderazione il giudice non dee essere però troppo rigoroso, per le osservazioni fatte dal Pratobevera stesso, in fine del § VI del suindicato suo trattato o della

Digitized by Google

civile, quei membri che fossero al tempo stesso sacerdoti non possano essere testimonii a cose ad essi affidate sotto il suggello della sacramentale confessione.

Esclusi questi due casi, allorchè un convento come corporazione, fosse in giudizio in quistioni per diritti di pascolo, parmi che alla testimonianza a favore di esso dei suoi membri, sia applicabile quanto ho detto di sopra circa alla testimonianza dei membri di un Comune che fosse per quei diritti in giudizio.

Quando si tratti poi di membri di un convento, legati per la loro regola dal voto di povertà, parmi che non potendo i membri stessi nulla tenere, nè possedere, nè acquistare come proprio, non possa esservi il caso ch'essi sieno involti in quistioni per diritti di pascolo, nè contro il convento, nè contro altri membri di questi, nè contro estraneo ad esso.

Non mi pare per conseguenza che possa esservi nemmeno il caso che altri membri di quel convento possano fare in una di quelle quistioni testimonianza.

Ciò sia detto in generale pei membri di conventi stretti da quel voto.

Vi hanno poi altri membri di conventi che non sono veramente Regolari, perchè non istretti da voto di povertà, e che vivono in comunione.

Tali sono p. e. nel Regno lombardo-veneto i Sacerdoti secolari Filippini, detti Padri dell'Oratorio, ed il sono pure tutte le altre Congregazioni esistenti in condizioni eguali a quella dei Filippini.

I membri di queste congregazioni che imitano i Regolari, anche dopo il Concordato austriaco ponno acquistare per se e posseder beni.

Dunque può darsi il caso che quei membri delle suddette Congregazioni sieno parti le suddette quistioni in giudizio o contro la loro Congregazione, o contro altri membri di essa, o contro estranei ad essa.

E può darsi il caso, che a favore di quei membri litiganti sieno introdotti come testimonii altri membri della Congregazione stessa.

Ora anche relativamente a questi testimonii parmi applicabile quanto ho detto di membri di un Comune introdotti come testimonii a favore di altro Comunista in quistione tra esso ed il Comune o altri membri comunali o estranei al Comune.

2.° In quanto alla legislazione giudiziaria italiana o meglio francese da lungo tempo cessata presso di noi non avendo la quistione della quale ora mi occupo attualità, ed essendo una quistione non di merito ma di processura, credo di poter dispensarmi senza danno del lettore di entrare in particolari.

Soltanto osservo generalmente:

a) che in quanto alla prova testimoniale in generale, il lettore potrà volendo consultare il dizionario del Merlin specialmente alle voci *Prova*, Sezione II § III, e *Testimonio giudiziario*, nonchè gli articoli 34-40, 252-294, 407-413 e 432 del Codice di procedura civile pel Regno d'Italia, per non parlare dell'articolo 881 di questo Codice e degli articoli 242, 243, 249-256 del Codice Napoleone riguardanti la suddetta prova in cause di divorzio, e dell'articolo 432 del primo di quei Codici relativo alla prova stessa nelle cause di commercio;

b) che in quanto alla prova testimoniale nelle quistioni per pascoli in particolare, se si tratta del diritto di pascolo come servitù prediale, mi riferisco a quanto ho detto nella annotazione *d* al presente Capo, e se si tratta d'azione possessoria secondo la legislazione francese per quella servitù, mi rimetto a quanto secondo il Merlin ne ho detto nell'annotazione *d* al Capo 2.° del trattato I;

c) che sulla quistione se i membri o capi di un Comune possano, quando sia il caso della prova testimoniale, far testimonianza a favore del Comune stesso come corpo, il lettore potrà volendo consultare il dizionario del Merlin voce *Testimonio giudiziario* § I articolo III punti 4.° e 5.°, nonchè il Pothier trattato delle obbligazioni § 794;

d) ch'essendo state col decreto 25 aprile 1810 soppresse nel Regno d'Italia ed essendo finchè durò quel Regno rimaste soppresse, meno qualcuna che fosse stata conservata con decreto speciale, tutte le corporazioni ecclesiastiche, ed essendo stati i loro beni assegnati al Monte Napoleone, non poteva darsi in generale il caso che membri di un convento fossero introdotti come testimonio in cause del convento stesso.

(*h*) In quanto all'acquisto della servitù di pascolo per sentenza ossia per decisione giudiziale, quell'acquisizione è ammessa in base di una decisione giudiziale come *titolo* dal § 480 del Codice civile austriaco, volendovi poi come *modo* la tradizione per quanto

Digitized by Google

io detto nell' annotazione *a*, al Capo XIX del Trattato I, alla quale del resto mi riporto.

In quanto poi al Codice Napoleone mi rimetto a quanto ho detto in tale particolare nella suddetta annotazione *a*.

(*i*) 1.° Statuti e consuetudini in materia anche di servitù furono in generale aboliti dal decreto 16 gennaio 1806 che attivò nel Regno d' Italia il Codice Napoleone.

Statuti e consuetudini in quella materia furono pure in generale aboliti anche nel Regno lombardo veneto colla Patente di pubblicazione del Codice civile austriaco.

In particolare però nel Regno d' Italia l' articolo 30 del decreto italiano 27 maggio 1811 ammise che vi potesse essere diritto e quindi eziandio servitù di pascolo in forza degli statuti ed usi locali.

Quel decreto italiano continua ad essere in vigore nel Regno lombardo veneto secondo la Patente di pubblicazione del Codice austriaco, come legge politica.

La servitù di pascolo fondata in quegli statuti locali, mi sembrerebbe altra delle servitù legali delle quali parlano in generale gli articoli 649-652 del Codice Napoleone.

E sebbene pel § 480 del Codice civile austriaco la disposizione della legge non sia innoverata fra i titoli di acquisizione delle servitù, pure quella servitù di pascolo fondata nel Regno lombardo veneto sui suddetti Statuti, sarebbe altra delle servitù legali che la suddetta Patente di pubblicazione del Codice austriaco nel Regno lombardo veneto, ha lasciato finora in vigore.

2.° Non credo poi che taluno possa pascere il proprio cavallo, o mangiar frutta nel fondo altrui senza averne acquistato diritto o senza averne ottenuto permesso dal proprietario del fondo.

Se ciò non è, quel proprietario quando voglia far uso rigoroso del proprio diritto di proprietà può proibirglielo.

Veggansi le annotazioni *d* al Capo LXI ed *a* al Capo LXXIII del trattato I.

A chi poi manda bestie al pascolo nei boschi senza averne diritto, il decreto italiano del 27 maggio 1811 applica le pene portate dal suo articolo 34.

Nelle Instituzioni poi del diritto pubblico interno nel Regno lombardo veneto del Lorenzoni, continuate dall' avvocato Pò, e specialmente nei §§ relativi al Capitolo *delle leggi forestali*, trovansi riportate le disposizioni sulle pene e sulla procedura nei casi di contravvenzione a quelle leggi.

3.° In quali parti dei boschi dello Stato, dei Comuni, o pubblici Stabilimenti e dei privati chi ne ha diritto possa mandar bestie al pascolo, lo dicono pel nostro Regno gli articoli 30-32 del suddetto decreto italiano del 1811.

In quali parti dei fondi incolti non venduti di un Comune i comunisti pascolar possano i loro animali, lo dice l' art. 2.° dell' altro decreto italiano del 25 luglio 1806.

4.° Parlando di altri beni altrui fuori di questi, taluno può avere diritto di pascolo su fondi che oltre a quel pascolo non danno altri prodotti e che quindi sono deserti ed incolti, e su fondi che danno altri prodotti e che sono quindi coltivati come i prati, i campi arativi e le vigne.

Mi par chiaro che nei fondi affatto deserti ed incolti, il diritto di pascolo, quando diversamente non sia stato determinato dal titolo, o dal possesso se questo per legge è atto a farlo acquistare, ovvero dagli usi locali ai quali si riferisce specialmente il § 501 del Codice civile austriaco, possa essere esercitato in ogni tempo dell' anno.

E mi pare egualmente chiaro, che nei fondi coltivati quel diritto di pascolo non possa essere esercitato se non dopo pienamente raccolti in essi i frutti che hanno prodotto.

Ciò sembrami significare anche l' art. 648 del Codice Napoleone quando prescrive che il proprietario che vuol fare una cinta al suo fondo perde il diritto di mandar a pascolare le sue bestie sull' altrui fondo *dopo la raccolta* delle messi.

Non può infatti ragionevolmente imaginarsi che possa essere accordato, acquistato o sanzionato dagli usi locali un diritto di pascolo sul fieno di un prato, o sul formento di un campo che deggiono essere falciati e dare al proprietario un prodotto maggiore del quale così si priverebbe.

Quindi se il diritto di pascolo fosse esercibile su un prato nel quale si fanno annualmente uno o più tagli d'erba, non si potrebbe su esso pascolare se non dopo fatto quell'uno o più tagli.

Digitized by Google

Se fosse esercibile in un campo seminato a grani invernali od estivi non si potrebbe pascolare su esso se non dopo raccolti quei grani ecc.

Ma se il proprietario di uno di questi fondi coltivati, nel cui arbitrio sta senza dubbio di far che i di lui animali si pascano dei frutti di esso come p. e. del fieno del prato, o del formento del campo, anzi che raccoglierli e ricavarne maggiore profitto, avesse con me convenuto che io potessi pascere i miei animali con que' suoi frutti pendenti, tale convenzione sarebbe stravagante ma non nulla e dovrebb' essere osservata quando non l' avesse fatta in istato di pazzia giudizialmente dichiarata, o quando non vi si opponessero le leggi politiche dirette a conservare e migliorare la condizione dell' agricoltura.

5.° Parlando sempre dei fondi dei quali mi sono occupato nel precedente n. 4, se taluno avesse diritto di pascolo su fondo altrui in modo da poter pascervi le proprie bestie in una data parte sì, ed in altra no, in un certo tempo sì ed in altro no, e pascesse in parte od in tempo non permessogli, allora parmi che il proprietario del suddetto fondo, quando l' azione non fosse da leggi speciali dichiarata punibile, e quando perciò non avessero luogo azione e procedura penale, non potesse contro l' abusante del diritto di pascolo procedere se non nella via giudiziaria.

E procedendo in questa via, per ottenere la condanna del proprio avversario provar dovrebbe aver egli pasciuto nella parte di fondo e nel tempo vietatogli e ciò pel principio generale di diritto che chi allega un fatto deve darne la prova.

Sicchè se non provasse quel fatto e questo venisse dalla controparte negato, non potrebb' essere ritenuto dal giudice per vero nella definizione della causa.

6.° In quanto al luogo ed al tempo del pascolo, fuori dei decreti italiani 27 maggio 1811 sui boschi e 25 luglio 1806 sui beni comunali incolti, confesso, almeno io, di non aver trovato leggi politiche nè italiane nè austriache le quali nei paesi che formano il Regno lombardo veneto e che prima furono parte del Regno d' Italia, gli determinassero nell' interesse dell' agricoltura.

In riguardo alle antiche provincie austriache esistono di quelle leggi che il lettore troverà ai n. 4 e 5 dei commenti ai §§ 498-502 del Codice civile austriaco del professore di Stubenrauch e nelle annotazioni del Basevi al § 501 del Codice stesso.

Per la legislazione austriaca ponno vedersi anche i commenti a quest' ultimo § dello Zeiller, del Winiwarter e del Nippel.

Per la legislazione francese poi, in generale il dizionario del Merlin voci *Pascolo* e *vana pastura* ecc.

(*k*) 1.° In generale sul modo di far uso della servitù prediale di pascolo veggansi il § 484 del Codice austriaco e l' art. 702 del Codice Napoleone.

2.° In riguardo ai terreni ed al tempo sui quali e nel quale è permesso condurre bestie al pascolo ho parlato nella precedente annotazione *i*.

3.° In quanto al numero ed alla qualità delle bestie da condursi ad esso osservo quanto appresso secondo la legge civile austriaca ed italiana.

a) In regola pel § 498 del Codice austriaco, se il titolo che ha fatto acquistare il diritto di pascolo ha determinato quel numero e quella qualità, a quel titolo si deve stare.

Se il titolo in questo riguardo nulla ha determinato si dee pure in regola stare al possesso pacifico di 30 anni.

Dico in ambedue questi casi in regola perchè mi pare che se le leggi politiche aventi per iscopo di proteggere l' agricoltura, escludessero qualche qualità di bestie dal pascolo, o ne limitassero il numero, esse leggi dovrebbero essere rispettate quand' anche il titolo

Digitized by Google

Che cosa sieno le brughiere o terra di brughiera lo si può vedere nella Enciclopedia italiana del Tasso a tal voce.

Quando poi per fondi di natura diversa dai suddetti boschi, luoghi incolti e brughiere, non esistessero di queste leggi politiche proibitive o limitative da un lato, e dall'altro lato il titolo coll' espresso, ovvero il possesso trentennario col tacito consenso in essi contenuto, avessero determinato numero o qualità delle bestie da mandarsi al pascolo, ho detto di sopra che a quel titolo e possesso si dovrebbe stare.

Sicchè se per essi vi fosse diritto di mandare al pascolo bestie della qualità proibita nell' art. 33 del decreto italiano 27 marzo 1811 e nel § 499 del Codice austriaco, potrebbero esservi mandate.

Potrebbero esservi mandate, perchè non esisterebbe legge politica che lo proibisse, perchè non esistendo quella legge, col mandarvele non sarebbero oltrepassati i confini stabiliti, come dice il § 364 del Codice austriaco, per conservare e promuovere il pubblico bene, e perchè la proibizione di mandare certe bestie al pascolo portata dal § 499 del suddetto Codice deve per l' antecedente § 498 essere osservata nei casi dubbii, dunque non nel caso in cui la proibizione stessa sia esclusa indubbiamente da titolo o da trentennario possesso.

Se poi il caso è dubbio e se da quel titolo e possesso nulla si può determinare in quanto alla qualità ed al numero delle bestie da mandarsi al pascolo, allora in quanto al numero serve di regola il § 500 ed in quanto alla qualità il precedente § 499 per tutti i fondi in generale, e pei boschi in particolare anche l' articolo 33 del decreto suddetto del 1811.

b) In quanto alle leggi vigenti nel cessato Regno d' Italia il Codice Napoleone non porta veruna disposizione particolare in quanto alla qualità ed al numero delle bestie da mandarsi al pascolo.

Fa d' uopo dunque stare ai principii generali da quel Codice fissati.

La servitù di pascolo pegli art. 688 e 689 di esso è discontinua e non apparente.

Dunque per l' art. 691 non può essere stabilita pel possesso se anche immemorabile quando questo non sia sussidiato da titolo (documento scritto).

Se il titolo od il possesso atto ad indurre la prescrizione, ma sussidiato da titolo, determinino che possano essere mandate al pascolo bestie in qualunque numero e di qualunque qualità o in numero e qualità determinata, o di una qualità sì e di altra no, fa d'uopo stare a quel titolo o possesso anche per l'art. 686 del Codice Napoleone, qualora però nulla vi abbia di contrario all' ordine pubblico, vale a dire alle leggi che lo regolano.

Fra queste leggi sta senza dubbio l' art. 33 del suddetto decreto italiano del 1811 relativo ai boschi, luoghi incolti e brughiere.

Se da quel titolo o possesso nulla è stabilito in quanto al numero ed alla qualità delle bestie da mandarsi al pascolo, mi pare che servir dovessero di regola i due principii generali portati dal Pardessus nel § 62 del suo trattato delle Servitù.

Il primo che si dee conciliare l' interesse del fondo che gode la servitù coll' incomodo minore del fondo che ne è aggravato, principio questo deposto nell' art. 702 del Codice Napoleone.

Il secondo che nel dubbio si dee decidersi per ciò ch' è più favorevole a quest' ultimo fondo (principio questo che si desume dal suddetto articolo) in modo che in causa dell' esercizio del pascolo quel fondo serviente non divenga del tutto inutile al suo proprietario.

Quindi in un fondo non potrà essere mandato al pascolo numero maggiore di bestie di quello che possa sopportare quel fondo e per la sua estensione e per la qualità del pascolo stesso.

Quindi dovranno essere escluse dal pascolo bestie che per loro natura sieno nocevoli al pascolo stesso, che danneggino il fondo o che lo rendano affatto inutile al suo proprietario.

Se nascesse dubbio sul numero delle bestie di cui sia suscettibile il pascolo o sulla qualità di quelle che debbano venirne escluse, il dubbio parmi che dovesse venir sciolto da esperti.

4.° Ho detto nell'annotazione *i* al Capo XII del Trattato I che sarebbe più facile dire che provare, che una servitù prediale non possa essere locata quando per la natura di sesa sia possibile farlo e quando i due proprietarii del fondo dominante e del serviente vadano d' accordo di locarne a' terzi l' esercizio.

Digitized by Google

Ciò vale specialmente per la servitù del pascolo su un fondo altrui.

L' esercizio di questa servitù per la di lei natura può benissimo essere ad altri locato.

Nulla si oppone a che il proprietario del fondo dominante e quello del serviente vadano d' accordo di passare a quella locazione.

Oltre alle prove che intorno a ciò ho addotto nella suddetta annotazione, un' altra prova pel diritto di pascolo risulta dai combinati §§ 498 e 499 del Codice austriaco.

Per questi §§ nei casi dubbii sono esclusi dai pascoli anche *i bestiami di altri*.

Ciò vuol dire che nel casi non dubbii quei bestiami di altri non vi sono esclusi.

Ciò vuol dire che quando nell' acquisto del diritto di pascolo sia stato determinato che il diritto di pascolo si estenda anche a quegli altrui bestiami, essi ponno essere guardati e pascolati nel fondo serviente.

Ciò finalmente vuol dire che i due proprietarii dei fondi dominante e serviente ponno andar d' accordo di locare l' esercizio del diritto di pascolo a' terzi i quali in tal caso ponno nel fondo serviente mandar a pascolare i loro bestiami.

(*l*) 1.° Qui il Cipolla domanda se chi ha la servitù del diritto di pascolo sul fondo altrui debba dividere quella servitù.

E distingue se ambedue (chi?) sono contenti di dividerla, ed uno sia di ciò contento ed altro no.

Quando sono contenti, distingue fra la servitù stessa, ed il fondo sul quale essa è dovuta (serviente).

In quanto alla servitù stessa, nemmeno se ambedue sono contenti, ritiene che non possano dividersela perchè indivisibile.

In quanto al fondo sul quale è dovuta ed in quanto agli animali, ritiene che se ambedue sono contenti, degli animali si possa far divisione, sicchè pascolino in una data parte del fondo ed in questo abbiavi servitù e nelle altre parti sia tolta, non potendo però essere il fondo diviso in parti incerte ed indivisamente, e non potendo dividersi il numero degli animali se non divisamente secondo il loro numero e non altrimenti ecc.

Il Cipolla non mi sembra poi che parli dell' altro caso in cui ambedue non sieno contenti di dividere la servitù.

Cercherò d' interpretare quello che qui dir voglia quell' autore, osservando quanto appresso.

a) Se vi hanno due proprietarii di un solo fondo dominante ai quali spetti una sola servitù di pascolo su un unico fondo serviente, se essi sono d' accordo fra loro e col proprietario del suddetto fondo serviente di dividere quella unica in due servitù una a favore di ognuno di essi, parmi che ciò possa essere fatto, perchè con quella convenzione può essere derogato al principio della indivisibilità della servitù stessa.

Ma se non havvi tale accordo fra tutte quelle persone, parmi che quella servitù non possa essere divisa in due separate e che pel principio della indivisibilità debba rimanere una sola ed indivisa.

Veggasi a questo proposito quanto ho detto nelle annotazioni *a* al Capo X del Trattato I ed *e* al Capo III del II Trattato.

b) Se vi hanno due proprietarii di un solo fondo dominante ai quali spetti una sola servitù di pascolo su un unico fondo serviente, potranno essi dividersi fra loro non già quella servitù in modo da farla diventare da una due servitù separate, ma soltanto l'esercizio di essa in modo, che rimanendo la medesima, una ed indivisa, essi si dividano i loro animali che prima pascolavano in comune in due porzioni distinte, una per uno, e dividano pure il fondo serviente per l' effetto che la porzione degli animali dell' uno pascoli in una parte soltanto e la porzione degli animali dell' altro pascoli soltanto nell' altra parte del suddetto fondo serviente?

Se in ciò sono d' accordo fra essi e col proprietario del fondo serviente, ritengo in-

Digitized by Google

del prima comune esercizio della servitù, ma non vi aderisce uno dei due proprietarii del fondo dominante, quella divisione dell'esercizio della servitù di pascolo a richiesta dell'altro proprietario di quest' ultimo fondo non potesse essere negata.

A tale divisione infatti non osterebbe il principio della indivisibilità della servitù perchè qui non si tratterebbe di cangiarla da una in due servitù separate.

Si tratterebbe invece e propriamente della divisione dell' esercizio comune di una sola servitù, ossia della divisione della comunione esistente in quanto all' esercizio stesso fra i due proprietarii del fondo dominante.

Ora qui sarebbe applicabile il principio di diritto *nemo tenetur neque cogitur stare in communione*, principio fondato nella necessità di evitare discordie e risse fra consorti, se si volesse che stessero malgrado loro in comunione.

Sarebbe applicabile il § 830 del Codice civile austriaco pel quale ogni consorte di una cosa comune può domandare lo scioglimento della comunione ma non intempestivamente o in pregiudizio degli altri, perlochè acconsentir dee ad una dilazione conveniente alle circostanze, e che non possa facilmente evitarsi.

Sarebbe infine applicabile l'art. 1869 del Codice Napoleone pel quale lo scioglimento della società per volontà di una delle parti ammessa dall' antecedente art. 1865 n. 5, ha luogo soltanto in quelle società la cui durata sia senza limite (e senza limite sarebbe la comunione dell'esercizio della servitù di cui ora mi occupo) e si effettua mediante rinuncia notificata a tutti i socii purchè tale rinuncia sia fatta in buona fede e non fuori di tempo.

Veggasi del resto quanto ho detto in generale nell' annotazione *a* al Capo X del Trattato I ed in particolare per la servitù di acquidotto nell' annotazione *c* n. 4 lett. *a aa* al Capo IV del II Trattato.

c) Se vi hanno due proprietarii di un solo fondo dominante ai quali spetti una sola servitù di pascolo su tutto un fondo serviente, potranno essi non già dividere quella unica in due servitù, ma conservandola una ed indivisa, regolarne l' esercizio in modo, che i loro animali pascolino soltanto su una parte determinata del fondo serviente, liberandone così dal pascolo le altre parti?

Anche qui, se essi sono d' accordo fra loro e col proprietario del fondo serviente credo indubbiamente che ciò possa essere fatto.

Ritengo poi, che ciò possa essere fatto anche dissenziente il proprietario del fondo serviente, quando però tal modo di esercizio non riesca di maggiore aggravio a quel di lui fondo.

Ma se il proprietario del fondo serviente fosse a ciò assenziente, ma vi dissentisse uno dei proprietarii del fondo dominante, allora mi pare che il proprietario dissenziente non potrebbe venir obbligato ad esercitare il proprio diritto di pascolo su una sola parte determinata del suddetto fondo serviente, e a non esercitarlo in tutte le altre parti, ossia a rinunciare suo malgrado al diritto di pascolare i proprii animali, che gli compete su tutto quel fondo, e a limitarlo pure suo malgrado su una parte sola di esso.

A questo proposito veggasi eziandio quanto ho detto nell' annotazione *c* n. 4 lett. *a bb* al Capo IV del Trattato II.

d) Allorchè qui il Cipolla dice che il fondo non può essere diviso in parti incerte *pro indiviso*, e ch' egualmente il numero degli animali non può dividersi se non *pro diviso* ecc., si dee secondo il Codice austriaco intendere che dica, che fondo ed animali non possano essere divisi in parti ideali non fisicamente separate p. e. una metà, un terzo in massima, nel qual caso parmi che secondo il § 361 di quel Codice sarebbero sempre cose comuni, ma che debbano essere divisi in parti fisiche determinate e separate, nel qual caso soltanto non sono più cose comuni.

Veggasi del resto quanto ho detto riguardo al muro nelle annotazioni *l* ed *m* al Capo XL del Trattato I ove ho cercato di dare la definizione del muro comune e del muro diviso.

2.° *a*) Un fondo dominante ha diritto di servitù di pascolo su intero fondo serviente p. e. di 100 campi.

I proprietarii dei due fondi vanno d' accordo di liberare da quella servitù una parte del fondo serviente p. e. 25 campi, e la liberano regolarmente.

Poscia il proprietario vende il proprio fondo dominante ad un terzo, o tacendo affatto nella vendita della servitù di pascolo o dichiarando essere da essa aggravato tutto il fondo serviente compresivi quei 25 campi.

Digitized by Google

Il compratore sulla base del suo contratto d' acquisto, può contro il proprietario del fondo serviente far pretensione al diritto di pascolo sui suddetti 25 campi?

A me, se i fondi sono situati nel Regno lombardo veneto, nel quale proprietà d' immobili o servitù su essi non si acquistano mediante inscrizione nei pubblici libri, sembra di no.

Nessuno infatti può trasferire in altri un diritto che non ha.

Questa massima è consacrata anche dal § 442 del Codice civile austriaco.

Dunque il venditore del fondo dominante non potè trasferire nel compratore il diritto di servitù che non avea più sui 25 campi del fondo serviente.

Dunque il compratore non potè acquistar su quei campi quel diritto.

Dunque il proprietario del fondo serviente avrebbe diritto di negare al compratore la servitù del pascolo sui 25 campi.

Se fra l' anterior proprietario del fondo dominante ed il proprietario del fondo serviente, i 25 campi fossero stati fisicamente escorporati e separati dalla totalità dei 100, in modo da fissare quali sieno quelli esclusi dalla servitù, su quei 25 campi così separati ed escorporati il proprietario del fondo serviente avrebbe diritto di negare la servitù stessa al compratore del fondo dominante.

Se fra quell' anteriore proprietario del dominante ed il proprietario del serviente non fossero stati dai 100 campi fisicamente escorporati e separati dalla totalità dei 100, i campi 25 liberati dalla servitù, e questi all' atto della vendita fossero stati ancora una porzione ideale, allora il proprietario del fondo serviente avrebbe diritto contro il compratore del fondo dominante di farli escorporare e separare fisicamente dalla totalità del fondo venduto per negare su essi al compratore stesso la servitù del pascolo.

Veggasi del resto quanto ho detto al n. 2 dell' annotazione *f* al presente Capo.

b) Venduto un fondo cui spetta servitù di pascolo su un fondo serviente, nella vendita è compresa la servitù se anche non vi è indicata, per quanto ho detto al n. 1 dell' annotazione *e* al Capo presente.

c) Se taluno vendette un fondo al quale non ispetta diritto di pascolo su altro fondo altrui, sebbene quel diritto spettasse ad altri fondi non venduti del venditore, è chiaro che nella vendita quel diritto non può essere compreso.

d) Nelle quistioni da me accennate alle lettere *a b c* della presente annotazione anche la chiesa non può trovarsi in condizioni diverse da quelle di qualunque altro compratore.

Non parlo del caso del tiranno di cui fa cenno il Cipolla perchè se vi erano tiranni ai di lui tempi, nei nostri quel nome non si conosce più.

(*m*) 1.° In quanto all' acquisto della servitù del pascolo sul fondo altrui per consuetudine, veggasi quanto ne ho detto nell' annotazione *i* n. 1 al presente Capo.

2.° Quella servitù può anche acquistarsi per prescrizione (usucapione).

Intorno a tale acquisto veggasi quanto ho detto per le servitù in generale nelle annotazioni ai Capi XIX e XX del Trattato I e per la servitù del pascolo in particolare, nell' annotazione *d* al presente Capo.

3.° In particolare in quanto al tempo necessario per prescrivere (usucapire) la servitù del pascolo, come ho detto nell' annotazione *c* al Capo XIX del Trattato I, pel Codice Napoleone vi vuole un possesso di 30 anni, sussidiato però sempre da qualche titolo (documento scritto).

E pel Codice austriaco vi vuole un possesso di 30 o 40 anni come ho detto nella suddetta annotazione.

Di 40 anni contro lo Stato, le Chiese, le Comunità ed altre lecite corporazioni.

Di 30 anni contro qualunque altro.

Questo possesso di 30 o 40 anni pel Codice austriaco, non ha bisogno di essere sussidiato da titolo.

Digitized by Google

Io poi domando mediante quali persone possa essere esercitato il pascolo su un fondo altrui per farne acquistare la servitù per usucapione al fondo di un privato, ovvero di un Comune.

Propongo così la domanda, perchè mi pare che il Cipolla ai §§ XXV-XXVII del presente Capo giunger voglia alla soluzione di essa, quale io la ho proposta.

a) In quanto al privato per fargli acquistare quella servitù, può esercitare il pascolo od egli stesso od un altro in nome di esso.

Così stabilisce l' art. 2228 del Codice Napoleone.

Quell' altro poi può essere o il fittaiuolo del fondo del privato acquirente o un usufruttuario di quel fondo o un amministratore di esso o un domestico del di lui proprietario ecc. come ho detto nell' annotazione *a* n. 1 al Capo XX del Trattato I, fermo però quanto ho detto secondo quel Codice anche nell' annotazione *d* al presente Capo, in quanto al titolo (documento scritto).

A questo proposito veggasi anche quanto dice il Pardessus nel § 277 del suo Trattato delle servitù.

Secondo il Codice austriaco, lo stesso mi sembra emergere dai §§ 340 e 355 di esso, fermo pure anche qui quanto ho detto riguardo al suddetto titolo anche nella precedente annotazione n. 3 al presente Capo.

Tanto pel Codice Napoleone poi quanto per l' austriaco mi sembra, che l' esercizio del pascolo fatto da un terzo a nome di quel privato, debba essere da quest' ultimo od autorizzato prima, o ratificato ossia riconosciuto all' atto dell' esercizio stesso, o dopo, perchè non potrei imaginare che un terzo acquistasse un diritto a me, senza che gli avessi dato l' incarico di acquistarlo per me, o senza che avessi riconosciuto o ratificato l' acquisto fatto da quel terzo per mio conto ed a mio nome.

A questo proposito veggasi quanto scrisse il Pagani nel suo Repertorio dei diritti reali nell' articolo sul possesso in genere ai n. 23, 24 e 25.

Specialmente pel Codice austriaco il Pachmann nel suo trattato sulla prescrizione osserva che il possesso può essere acquistato non solo da noi in persona, ma eziandio col mezzo di altri che il facciano a nome nostro.

Aggiunge poi che quello al qual giovar dee il possesso incaricar dee il terzo ad acquistarlo, o dee poscia ratificare il fatto acquisto.

Veggasi il § 29 n. 1 alla lett. *e* di quel Trattato.

b) In quanto al Comune, mediante quali persone può esso a vantaggio di un proprio fondo, acquistare per prescrizione (usucapione), mediante il possesso (ove questo possa per legge esserne mezzo di acquisto), la servitù del pascolo su un fondo altrui?

1.° Se si parla del Comune puramente come corpo morale, come persona morale, e fatta totale astrazione dalle persone fisiche dei capi e dei membri di esso, è impossibile che esso possa acquistare in quel modo ad un proprio fondo quella servitù, perchè ad acquistarla per la suddetta usucapione è necessario il possesso fisico cioè un fatto fisico, e questo fatto fisico non può essere eseguito dalla persona morale del Comune, astrazione fatta dalle persone dei di lui amministratori o dei di lui membri.

2.° Perchè il Comune l' acquistasse mediante le persone dei di lui capi od amministratori, converrebbe che questi esercitassero essi stessi il pascolo sul fondo altrui, spingendo ad esso gli animali del Comune medesimo.

Ora ciò farebbe supporre che il fondo dominante fosse amministrato immediatamente per conto dello stesso Comune non solo, ma eziandio che i capi di questo accudissero immediatamente a quell' amministrazione.

Ora almeno nel Regno lombardo veneto parmi che questo caso non possa avverarsi. Infatti:

O il fondo appartenente al Comune forma parte del patrimonio della Comunità per essere i di lui redditi destinati a sostenere le spese di essa, ed allora, come ho osservato nell' annotazione *q* n. 1 al presente Capo, esso fondo viene dato o in affitto temporaneo od

Digitized by Google

Dunque non possono acquistare essi stessi in quella qualità al fondo spettante al Comune per usucapione (ove la legge la ammetta), la servitù del pascolo.

Però l'acquisterebbero essi stessi, quando potesse avverarsi il caso che esercitassero il pascolo nella loro qualità di capi del Comune.

3.° Essa può essere però acquistata al fondo spettante al Comune sul fondo altrui da terze ed intermedie persone che la esercitassero in nome del Comune stesso.

In questo caso parmi applicabile quanto ho detto intorno all' acquisto a favor di un privato della servitù della quale ora mi occupo, alla lett. *a* della presente annotazione.

4.° I membri finalmente di un Comune, ed anche i capi di esso non considerati come tali, ma come semplici comunisti, mi sembra che possano acquistare per usucapione ad un fondo appartenente al Comune stesso, su un fondo altrui (quando l'acquisto in tal modo per legge ne sia permesso) la servitù del pascolo: esercitandola o da se stessi o mediante terze persone per essi, in nome non proprio ma del Comune.

In ultima analisi il Comune è un corpo composto da tutti i comunisti, i quali sono uniti fra essi per curare i comuni loro interessi.

Tutti i comunisti formano dunque una vera comunione.

Tutti sono comproprietarii dei fondi comunali.

Ho detto nell' annotazione *b* al Capo XV del Trattato I che un comproprietario di un immobile comune può acquistare da sè solo a vantaggio dell' immobile stesso una servitù prediale.

Ho detto pure che gli altri comproprietarii di quell' immobile che non concorsero all' acquisto, o che nol ratificarono, ponno, per ciò solo che li riguarda, rifiutare di riconoscere l' acquistata servitù e di esercitarla.

Se in questo caso emisero quel rifiuto, mi sembra che non possa dirsi che quella servitù anche ad essi sia stata acquistata.

Ma se non emisero il rifiuto stesso, parmi che possa dirsi essere la servitù stessa acquistata alla comunione, sia perchè è principio di diritto che quello che un consorte acquista alla cosa comune, va a profitto degli altri consorti, sia perchè quella mancanza di rifiuto potrebbe considerarsi come un tacito consenso, come la intenzione di acquistare alla comunione quella servitù.

Lo stesso rifiuto poi degli altri comproprietarii di riconoscere e di esercitare la servitù da un solo di essi acquistata a vantaggio del fondo comune, non mi sembrerebbe dover portare l' effetto che non esistesse la servitù del pascolo fra il comproprietario del fondo dominante che solo l' ha acquistata per usucapione e il proprietario del fondo serviente sul quale il suddetto comproprietario ne avesse fatto acquisto.

Ciò non mi sembrerebbe, per quello che ho detto nella suddetta annotazione *b* al Capo XV del Trattato I.

Questa sarebbe eziandio la opinione del Pardessus, Trattato delle servitù § 262.

Quell' autore dopo aver detto che gli altri comproprietarii ponno rifiutare di approfittare e di usare della servitù acquistata da un solo di essi al fondo comune, osserva che tale eccezione non è che a loro favore e che non ha luogo se non fra essi, e che la sorte di quegli che ha conceduto la servitù (e per la stessa ragione di quello che se l'è lasciata acquistare a carico del suo fondo per usucapione) non muta. Che un solo dei consorti, ovvero che tutti insieme facciano uso della servitù, egli non soffrirà nulla di più di quello che ha liberamente consentito (e nel caso presente di quello che si è assoggettato a soffrire lasciando che abbia luogo la usucapione). Il rifiuto dei consorti non è un ostacolo all'esercizio della servitù, perchè quell' esercizio non ha luogo su ciò che loro appartiene e non porta pregiudizio a nessun loro diritto.

Quello che fin qui ho detto nel caso di comproprietarii di un fondo privato, si può, però con qualche differenza, applicare ai membri di un Comune, ossia ai Comunisti, e ad

Digitized by Google

Perchè un Comunista esercitando il pascolo su un fondo di un terzo acquistar possa per usucapione ad un fondo del proprio Comune, del quale come ho detto è in ultima analisi comproprietario, la servitù del pascolo, sembrami che faccia d' uopo che il Comune mediante i proprii legali rappresentanti, o lo incarichi di acquistarla con quell' esercizio, o ratifichi dopo, il fatto acquisto, oppure non rifiuti di riconoscere quell' acquistata servitù o di farla esercitare pel proprio conto.

Se il Comune non avendo nel suddetto modo, nè incaricato il proprio Comunista di acquistare quella servitù, nè approvato dopo, il fatto acquisto, non ha per altro emesso il suddetto rifiuto, parmi che la servitù stessa possa dirsi acquistata al fondo di appartenenza del Comune, nella stessa guisa nella quale sarebbe acquistata da un comproprietario privato a vantaggio di un fondo, comune ad altri pur privati comproprietarii, per le ragioni che ho esposto di sopra.

Ma se il Comune mediante i legali suoi rappresentanti avesse emesso quel rifiuto, allora mi sembrerebbe che non potesse dirsi, avere il suddetto Comunista acquistato al proprio Comune la suddetta servitù.

Ma quel Comunista col proprio esercizio e possesso, avrà, se non pel Comune, acquistato la servitù per sè medesimo, nel caso del suddetto rifiuto?

Nella ipotesi che abbia esercitato e posseduto il pascolo, non già in nome proprio come persona privata, ma soltanto come Comunista in nome del Comune, mi sembrerebbe veramente di no.

Non ha esercitato il pascolo in proprio nome come persona privata: dunque non ebbe intenzione, animo di possedere per sè stesso in quella privata qualità, dunque quel suo possesso non gli fece acquistare come non Comunista la suddetta servitù.

E non mi sembra nemmeno che abbia potuto acquistarla a se stesso in qualità di membro del proprio Comune.

In tale qualità infatti, avendo la legale rappresentanza del Comune nella quale sola, sta come ho detto di sopra la facoltà di deliberare negli oggetti che gl' interessi di quel Comune riguardano, rifiutato di riconoscere l' esercizio del pascolo fatto in nome del Comune dal suo Comunista, lo ha rifiutato, non solo per quello che riguarda la totalità del corpo morale da essa rappresentato, ma eziandio per quel che riguarda ogni singola parte di quella totalità, ogni singolo membro quindi di quel corpo, che rappresenta.

Dunque lo ha rifiutato eziandio pel Comunista che soltanto come tale ha esercitato e posseduto il pascolo stesso.

Dunque atteso quel rifiuto, la servitù del pascolo, con quell' esercizio e possesso non può essere stata acquistata per sè stesso dal suddetto Comunista che ha esercitato e posseduto come tale e non come persona privata.

In ciò poi sta la differenza fra un Comunista ed un comproprietario privato ch' esercitino la servitù del pascolo, il primo in nome del Comune a vantaggio di un fondo a questo appartenente, ed il secondo a vantaggio di un fondo a lui e ad altri privati comproprietarii comune.

Il Comunista col proprio esercizio, quando il Comune in cui nome ha agito si rifiuti di riconoscerlo e di approfittarne, non può acquistare per usucapione (quando questa per legge possa aver luogo mediante il solo possesso) la servitù del pascolo, nemmeno per sè medesimo, nè come membro del Comune, nè come persona privata.

Ogni privato comproprietario in vece acquista col proprio esercizio per usucapione, ove questa per legge possa aver luogo mediante il solo possesso, la suddetta servitù e a sè stesso ed a favore degli altri comproprietarii di un fondo comune, sicchè se questi ultimi rifiutano di riconoscerla e di esercitarla ciò non toglie che in faccia al proprietario del fondo serviente ei l' abbia acquistata per sè stesso, e che questo proprietario debba tollerarla.

Da quello che ho detto fin qui sembrami venirne eziandio quanto appresso.

Digitized by Google

non a quel Comunista, sibbene e soltanto alla legale rappresentanza del Comune incaricata di vegliare sugl' interessi comunali.

Se invece quell' acquisto fosse fuori di ogni quistione, e se, non trattandosi di altro se non dell' esercizio della servitù del pascolo, quell' esercizio venisse dal Comune mediante la di lui legale rappresentanza conceduto a quello o ad altri Comunisti, quell'esercizio sarebbe un loro bene, un loro diritto personale: quindi intentar potrebbero da sè stessi tutte le azioni relative all' esercizio medesimo.

Il Merlin nel suo dizionario alla voce *Vana pastura* § V in nota ha osservato essere in Francia tale distinzione confermata con grande precisione da una decisione del Consiglio di Stato del 27 novembre 1814 che riporta per esteso.

Nè mi pare che nel nostro Regno per la legge austriaca dirsi potesse diversamente.

Infatti quando non vi abbia quistione sull'acquisto della servitù al Comune: quando si tratti solo dell' esercizio di essa, e tale esercizio sia stato dalla legale rappresentanza del Comune lasciato ad un Comunista, esercitarla è diritto personale del Comunista stesso; dunque egli può esercitare da sè tutte le azioni che l' esercizio stesso riguardano.

Il lettore ha poi osservato avere io ripetuto varie volte di sopra che un Comune acquistar può a vantaggio di un proprio fondo per usucapione mediante il possesso la servitù del popolo su un fondo altrui quando il possesso possa esserne per legge mezzo di acquisto.

È inutile che io osservi aver ciò detto avendo speciale riguardo al Codice Napoleone pel quale come ho notato eziandio alla lettera *d* al presente Capo la suddetta servitù non si stabilisce pel solo possesso, se anche immemorabile, e che per istabilirla, quel possesso essere dee sussidiato da qualche titolo (documento scritto).

5.° Sono d'accordo poi col Cipolla che in nessun caso un membro di un Comune come tale possa acquistare la suddetta servitù a vantaggio non del proprio, ma d' altro Comune al quale non appartiene.

Bensì quando il di lui Comune mediante la sua legale rappresentanza l' abbia ricercato di acquistarla, o ne abbia ratificato l' acquisto o non abbia rifiutato di riconoscerla ed esercitarla, quel Comunista può acquistarla a vantaggio di un fondo al Comune stesso appartenente ed a carico di un fondo, sebbene esistente in altro Comune, al quale non appartiene il Comunista stesso.

n) Qui il Cipolla in ultima analisi domanda se dieci uomini di una villa od università possano far prova del diritto di pascolo a quelle corporazioni spettante.

Ossia parmi che domandi se quel diritto di un Comune possa essere provato dai membri di esso.

Parmi che il lettore potrà dedurre la risposta a tale domanda da quanto ho detto specialmente per la legge austriaca al n.° 1 dell' annotazione *g* al presente Capo.

o) I §§ 1321 1322 del Codice austriaco prescrivono che chi sorprende nel suo fondo il bestiame altrui non ha per ciò solo il diritto di ucciderlo: che può coi mezzi opportuni scacciarnelo o che se è stato da esso danneggiato ha diritto di privata pignorazione su tanti animali quanti bastino ad indennizzarlo, ma che fra otto giorni o dee transigere col proprietario di quegli animali o dee promuovere la sua azione in giudizio, dovendo altrimenti restituire gli animali ritenuti in pegno: che finalmente questi deggiono essere restituiti, se il loro proprietario dà altra conveniente cauzione.

Digitized by Google

sulla proprietà altrui . . . . saranno pagati dalle persone che hanno il godimento di essi . . . . il proprietario che soffrirà i danni avrà diritto di sequestrarli.

Questa legge sulla polizia rurale portata dal Merlin nel suo dizionario alla voce *pollame*, dice che questo avendo recato danno può essere ucciso, ma soltanto sopra luogo al momento del danno.

Ma l' uccisione n' è personalmente punibile per una decisione della Corte di cassazione ivi riportata.

Nel Regno d' Italia non seppi trovare portato dalle leggi di esso quel diritto di privata pignorazione o sequestro, non essendo esso portato a quanto mi sembra nè dal decreto italiano sui boschi del 27 maggio nè da quello del 13 settembre 1811 sulle guardie campestri.

Se la disposizione infatti dell'articolo 34 del primo di quei decreti che porta la confisca di chi manda al pascolo bestie nei boschi senza diritto, fa supporre il precedente sequestro di esse, quel sequestro è pubblico e non privato.

E se l' articolo 11 del secondo di quei decreti abilita le guardie campestri a sequestrare le cose trafugate, e se anche si volesse intendere che con tale disposizione fossero autorizzati a sequestrar bestie trovate a danneggiare fondi altrui, anche qui il sequestro sarebbe non già privato, sibbene pubblico.

Finalmente l' articolo 26 di quest' ultimo decreto italiano dice che le contravvenzioni ed i delitti in conseguenza dei quali fossero danneggiate le proprietà campestri saranno giudicati e puniti qualora su essi non provveda il Codice penale, a termini del reale decreto 12 novembre 1810 con cui nel Regno d' Italia fu attivato quel Codice, e precisamente a tenore degli articoli 4, 5 e 6 di quest' ultimo decreto, vale a dire secondo le per avventura esistenti leggi e Regolamenti.

Non so poi che vi avessero ai tempi italiani leggi e regolamenti che autorizzassero la privata pignorazione o sequestro di animali che avessero recato danni in un fondo altrui.

p) 1.° Intorno al modo di perdere il diritto di servitù del pascolo veggasi in generale quanto ho detto nelle annotazioni al Capo XXIV del trattato I sui modi di perdere le servitù prediali.

2.° Chi usa della servitù del pascolo che gli è dovuta per un dato numero di animali facendone pascolare un numero maggiore non ha per questo perduta quella servitù.

Veggasi quanto ho detto nell' annotazione *h* al Capo II della servitù *actus* del presente Trattato.

3.° Alla domanda se la servitù di pascolo sia perduta quando è dovuta ad alcuno per un certo genere di animali ed egli abbia fatto uso non di quello ma di altro genere parmi applicabile quanto ho detto per l' acqua al n.° 14 dell' annotazione *k* al Capo IV del presente Trattato.

4.° Alla domanda se la servitù pel pascolo vada perduta dovendo essere usata in un tempo determinato e sia stata invece usata in tempo diverso, risponde la susseguente annotazione n.° 12 relativa all' acqua alla lettera *k* del suddetto Capo IV.

5.° Alla domanda se sia perduta la servitù del pascolo, quando dovendo essere pascolato in un dato luogo soltanto, sia invece stato pascolato in luogo diverso, può applicarsi quanto ho detto per la mutazione della via o vie di condotta dell' acqua alla lettera *c* n.° 14 dell' annotazione *h* di cui ho parlato di sopra.

6.° Alla domanda se sia perduta quella servitù per essere stato il fondo serviente occupato da un tiranno che usò dei pascoli, sostituisco la domanda se non avendone usato il proprietario del fondo dominante per violenza fattagli, la servitù stessa vada perduta.

E rispondo a questa domanda richiamandomi a quanto ho detto pel Codice Napoleone al n.° 4 lettera *b* e pel Codice austriaco allo stesso numero lettera *b* dell'annotazione *a* al Capo XXIV del Trattato I pagine 196 e 198.

7.° Se un Comune comprò un fondo, sul quale al fondo privato di un Comunista spettava la servitù del pascolo, e se quel Comunista vendette ad altri il suddetto suo fondo, con tutti i diritti a questo spettanti, parmi che la servitù come diritto reale esistente a vantaggio della cosa e non della persona, sia compresa nella vendita della cosa, spetti al compratore, e non più al Comunista venditore.

Ma se invece il Comune avesse comprato un fondo sul quale al fondo privato del Co-

Digitized by Google

munista non ispettava la servitù del pascolo, ma soltanto spettava un diritto di pascolo non reale ma personale, al Comunista, parmi che malgrado la vendita di quel fondo privato con tutti i diritti a questo spettanti, quel diritto di pascolo non ispetti al compratore del suddetto fondo privato, ma continui a spettare al Comunista venditore.

Non ispetta al compratore perchè a vantaggio del fondo da lui acquistato non havvi servitù nè diritto reale di pascolo.

Continua a spettare al Comunista venditore perchè si tratta di un diritto a lui personale, che la vendita del fondo, al quale quel diritto non ispetta non potè fare nel Comunista stesso cessare.

(*q*) 1.° In quanto alle azioni cui può dar luogo in giudizio la servitù del pascolo sul fondo altrui, essendo anch' essa pel Codice Napoleone discontinua, parmi applicabile quanto ho detto nelle annotazioni *h* al Capo VII ed *e* al Capo VIII del presente II Trattato, a cui mi riporto.

2.° Quando nel fondo serviente venisse esercitato il pascolo contro la servitù, vale a dire, quando chi ha diritto al pascolo, o con 100 animali soltanto, o su una sola parte del fondo stesso, si arrogasse di esercitarlo con 200 animali, o su una parte diversa del fondo medesimo, parmi che dovrebbe aver luogo l' azione stabilita contro colui, che si arroga una servitù in genere sulla cosa altrui.

Veggasi quanto intorno a questa azione ho detto nell' annotazione *d* al Capo II del Trattato I.

3.° Alla quistione promossa dal Cipolla, se possa aver luogo, che uno possa pascolare in una certa parte del fondo con 100 pecore soltanto ed un altro in un' altra parte con altre 100 o 200 pecore, ossia a mio modo di vedere se possa sussistere, che due proprietarii di un solo fondo dominante cui spetti una sola servitù di pascolo su un unico fondo serviente possano dividersi fra loro non già la servitù in modo da farla diventare da una, due servitù separate, ma soltanto l' esercizio di essa in modo che rimanendo una ed indivisa, essi si dividano i loro animali che prima pascolavano in comune, in due porzioni distinte, una per uno, e dividano pure il fondo serviente per l' effetto che la porzione degli animali dell' uno pascoli in una parte soltanto e la porzione degli animali dell' altro pascoli soltanto nell' altra parte del suddetto fondo serviente, ho dato soluzione in generale affermativa al n. 1 lett. *b* dell' annotazione *l* al presente Capo.

Per le ragioni ivi addotte dò soluzione in generale affermativa anche all'altra quistione se i due proprietarii del fondo dominante possano dividersi il tempo dell' esercizio della servitù del pascolo sul fondo serviente.

(*r*) 1.° Che i proprietarii del fondo dominante possano dividersi per l' esercizio della loro servitù il fondo serviente, i loro animali, ed il tempo del pascolo l' ho detto al n. 3 della precedente annotazione *q*.

2.° Che i comproprietarii di un fondo dominante, o quelli di un fondo serviente possano poi uscire dalla loro comunione e dividersi fra essi i rispettivi loro fondi, questa è cosa che mi sembra innegabile, sebbene al primo di quei fondi spetti il diritto, ed il secondo di essi abbia l' obbligo della servitù del pascolo.

Malgrado quella divisione la servitù attiva e passiva resta tra quei fondi quello che era prima, una sola e la medesima, se anche diversamente esercitata.

Non havvi dunque ragione, per sostenere che per la esistenza della servitù sia impedita la suddetta divisione dei due fondi.

E a proposito di questa divisione veggansi il § 830 del Codice austriaco e l'art. 1869

Digitized by Google

(*t*) Alla domanda se il proprietario del fondo dominante, senza il consenso del proprietario del fondo serviente ad uso di pascolo, possa migliorare quel fondo, parmi egualmente che rispondano il § 483 del Codice austriaco e l'art. 697 del Codice Napoleone, da me accennati anche nella suddetta annotazione *f* cui mi riporto, nonchè l'art. 702 di quest' ultimo Codice.

Per quelle disposizioni di legge il proprietario del fondo dominante può fare nel fondo serviente tutte le opere che valgano ad usare ed a conservare la servitù del pascolo, senza però rendere più onerosa la condizione del suddetto fondo serviente.

Ora se quelle opere conservano la servitù senza rendere più grave la condizione del fondo serviente, allora il proprietario del fondo dominante può farle.

Se conservano bensì la servitù ma rendono più grave quella condizione, non può farle.

Se tendono a tutt' altro che a conservare la servitù e ad usarne, egualmente non può farle, perchè il suo diritto è ristretto alle opere tendenti a quell' uso ed a quella conservazione, senza che ne venga resa peggiore la condizione del fondo serviente, e non si estende a nulla di più.

(*u*) Se il proprietario del fondo serviente ha fatto apparecchi per ridurlo a coltura, ovvero ha cominciato a ridurlo, e lo riduce, ovvero lo ha ridotto a coltura in modo da turbare il diritto di pascolo spettante al fondo dominante, senza che il proprietario di questo vi abbia dato espresso o tacito consenso, ovvero contro la volontà dichiarata di lui, allora quest' ultimo proprietario secondo i §§ 339, 346 e 1323 del Codice austriaco può procedere contro il primo in giudizio, perchè rimetta le cose nello stato primiero, se questo ripristinamento è possibile, con che viene indennizzato pel futuro, e perchè inoltre lo risarcisca del danno passato cioè arrecatogli col turbamento.

Se poi le cose non potessero essere rimesse nello stato primiero, altro non gli resterà che chiedere il risarcimento del danno e pel passato e pel futuro.

In ambi i casi, secondo le circostanze accennate nel § 1324 del suddetto Codice, il risarcimento consisterà o nella indennizzazione propriamente detta o nel pieno soddisfacimento, vale a dire o nel danno emergente od anche nel lucro cessante.

In quanto al Codice Napoleone veggasi specialmente l' art. 1143 di esso.

E per ambedue i Codici veggansi in generale le annotazioni *d* al Capo II del Trattato I in quanto sono applicabili alla presente quistione.

Se il proprietario poi del fondo dominante avesse espressamente assentito ai suddetti fatti del proprietario del fondo serviente o vi avesse assentito tacitamente, cioè con atti tali che non lascino verun ragionevole motivo di dubbio sul dato consenso, parmi che non vi possa da parte del primo esser luogo contro il secondo a verun' azione in giudizio.

(*v*) In regola nessuno che non ne abbia acquistato diritto od almeno che non ne abbia avuto permesso dal proprietario può pascolare i proprii animali nel fondo altrui.

In quanto ai danni recati ai pascoli altrui dai cavalli dell' esercito ponno pel Regno lombardo veneto consultarsi la Circolare del Governo di Venezia 24 agosto 1827 n. 30845, quella del Governo di Milano 12 luglio 1840 n. 23565, quelle del 5 settembre 1843 n. 27335 del Governo Lombardo e 18 ottobre successivo n. 32800 del Governo Veneto, e quella della veneta Luogotenenza del 26 marzo 1852 n. 6318, nelle relative collezioni di leggi.

(*x*) In quanto ai pascoli pubblici senza servitù veggasi quanto ne ho detto nelle annotazioni *b* e *g* n. 1 al presente Capo.

(*y*) 1.° Quello che lasciò il cavallo nel pascolo senza custodia sicchè venne mangiato

Digitized by Google

trarne profitto, parmi che commetta per la legge austriaca un furto e che debba essere punito come ladro.

Veggasi poi l' articolo 379 del Codice penale del Regno d' Italia.

4.° Se il pastore ha condotto con colpa al pascolo per passi difficili il bestiame che custodiva e lo avesse perduto, o se con colpa lo ha male custodito è responsabile del danno che ne è derivato al proprietario.

5.° Se fra il proprietario ed il pastore degli animali al quale essi furono dati dal primo perchè li nutrisca e ne abbia cura, fu convenuto di dividerne i feti, ed il pastore vi si rifiutasse, e volesse tenere tutti quei feti per se, quale azione in giudizio spetterebbe a quel proprietario?

Pel Codice Napoleone, sia quel contratto, di soccida di bestiami, o di locazione, o di società, parmi, che essendo esso *sinallagmatico*, l' articolo 1184 dia al proprietario il diritto di scelta, o di costringere il pastore ad eseguirlo quando ciò sia possibile, o di domandarne in giudizio lo scioglimento unitamente ai danni ed interessi.

Questi danni ed interessi mi sembrerebbero dovuti secondo l' articolo 1136 anche quando il proprietario scegliesse di costringere il pastore ad eseguire la convenzione col dargli la parte dei feti a lui spettante e rifiutatagli, lasciando sussistere il contratto.

Pel Codice austriaco poi:

a) Se il suddetto contratto fosse una specie di locazione d' opere, mi pare che pel § 1154 e per l' analogia dell' altro § 1166, il proprietario degli animali potrebbe domandare lo scioglimento del contratto, e la indennizzazione, anche quando quel contratto non avesse stipulato la caducità del pastore, rifiutante di dividere i feti.

Ma parmi eziandio che quel proprietario potesse lasciar sussistere il contratto, limitandosi secondo il § 919 a chiederne l' esatto adempimento e la indennizzazione.

Veduta però la definizione del contratto di locazione e conduzione d'opera portata dal § 1151 nel quale parlasi di servigi e lavori prestati per una determinata mercede in denaro, può nascer dubbio se il suddetto contratto fra il proprietario ed il pastore degli animali, possa essere veramente una specie di locazione e conduzione d'opera.

b) Se il contratto fra quelle persone fosse una specie di locazione e conduzione, locchè potrebb' essere, veduto il § 1090, pel quale vi può essere locazione d' animali che sono cose *non consumabili*, sibbene *sostituibili* con altre eguali (fungibili), e veduto per l' analogia del § 1103, che il prezzo (il quale in nessuna disposizione di legge è per la locazione stabilito in denaro) può consistere in altri oggetti, allora si potrebbe dire che i feti degli animali consegnabili dal pastore al proprietario fossero la mercede della locazione.

Allora si potrebbe dire del pari che non consegnati dal pastore i feti spettanti al proprietario, il conduttore fosse in mora nel pagar la mercede.

In questo caso avverandosi quanto è stabilito dal § 1118 del Codice austriaco, il proprietario degli animali, locatore, potrebbe pretendere lo scioglimento del contratto (anche se questo non portasse la condizione della caducità), e naturalmente anche la indennizzazione.

Anche qui però parmi che il proprietario potrebbe, lasciando sussistere il contratto, chiamare in giudizio il pastore all'esatto adempimento di esso ed alla indennizzazione secondo il § 919.

c) Se finalmente il suindicato contratto fra il proprietario ed il pastore degli animali fosse una specie di contratto di comunione o di società, locchè parmi che con qualche

Digitized by Google

pel quale se col non uso, non si perde il possesso stesso se non ne' casi della prescrizione, tanto meno lo si perde facendo uso per un certo tempo.

E qui chiudo le mie annotazioni sul diritto e sulla servitù di pascolo, osservando che non ho parlato del *Pensionatico* ch'era in vigore nelle provincie venete, perchè quel diritto fu abolito colla Ordinanza imperiale 25 giugno 1856.

Digitized by Google

CAPUT X.

DE SERVITUTIBUS CALCIS COQUENDAE, ET ARENAE FODIENDAE.

I. *Servitutes calcis coquendae et arenae fodiendae, an rusticae esse dicantur.* — II. *Jus calcis coquendae vel arenae fodiendae ultra quam opus fuerit, pro fundo dominanti, si promittatur, an talis servitus constitui possit.* — III. *Servitutes calcis coquendae, et arenae fodiendae, an sint nominatae vel innominatae.* — IV. *Jus cretae vel lapidis eximendi si quis habeat, an istud servitus dicatur.* — V. *Loca in quibus debetur servitus, vel jus calcis coquendae, arenae fodiendae, vel cretae, aut lapidis eximendi, quomodo nominentur.*

I. *Istae duae servitutes sunt rusticae* (1), *quoniam calx et arena sunt de necessariis ad domunculam in agro illius, cui servitus debetur, faciendam propter fructus recipiendos* (2), *vel etiam quando deberentur pro alio fundo rustico, puta si concederetur mihi jus in praedio tuo, ut in eo mihi liceat calcem coquere, vel arenam fodere, ut ex his fiant vasa vel instrumenta, vel granaria, vel aedificia*

CAPO X.

DELLE SERVITÙ DI CUOCERE CALCE E DI CAVAR SABBIA.

I. Se le servitù di cuocere calce e cavar sabbia si dicano rustiche. — II. Se il diritto di cuocer calce o di cavar sabbia è promesso oltre il limite del bisogno del fondo dominante, può forse essere costituita sì fatta servitù? — III. Se le servitù di cuocer calce e sabbia sieno nominate od innominate. — IV. Se alcuno ha il diritto di cavar creta o pietre, si dice forse esser questa una servitù? — V. Come si appellino i siti, ne' quali è dovuta la servitù od il diritto di cuocer calce, di cavar sabbia o creta o pietre.

I. Queste due servitù sono rustiche, perchè calce e sabbia si mostrano cose necessarie per fabbricare la casuccia nel campo di quello, cui è dovuta la servitù, come pure per collocare i frutti. E sono rustiche eziandio quando sono dovute a vantaggio di un altro fondo rustico, per esempio, nel caso che a me fosse concesso il diritto di cuocer calce e cavar sabbia nel tuo fondo, onde con esse formar vasi od istromenti o fabbri-

Digitized by Google

non pro fundo: quia diceretur servitus urbana, quoniam servitus denominatur a praedio dominante (1). *Et quando dicatur fundus rusticus et urbanus: vel servitus urbana aut rustica* (2). *Sed si jus calcis coquendae debetur vel arenae fodiendae non ad utilitatem fundi urbani vel rustici, non esset servitus realis, sed jus personale* (3).

II. *Sed hic secundo loco dubitari potest, quod si promittatur jus calcis coquendae vel arenae fodiendae, ultra quam sit opus pro fundo dominante, an talis servitus possit constitui? Et dico, quod non* (4). *Et est ratio: quia servitutes reales sunt secundum indigentiam praedii dominantis* (5).

III. *Tertio dubitatur nunquid istae duae servitutes sint nominatae vel innominatae. Et gloss.* (6) *dicit quod sunt innominatae. Ego tenui supra* (7), *quod sunt nominatae, dic ut ibi dixi, et supra de servitute aquae ducendae* (8).

IV. *Quarto quaero, quid si aliquis habet jus cretae vel lapidis eximendi, an ista sit servitus? dic si debetur ad utilitatem praedii rustici erit rustica servitus: si urbani, erit urbana. Sed si non debetur ad utilitatem fundi, sed ob aliam causam, puta, ut vasa siguli venalia facere possit, tunc non erit servitus realis rustica vel urbana, sed quaedam commoditas* (1*) *ad similitudinem usufructus* (9), *et probatur per ea quae dixi supra in princip.; et ideo dixi, ad similitudinem usufruct. quia non usufructus est, cum usufructuarius habeat omnes fructus simul* (10), *quod non est hoc casu, in quo non habet nisi jus eximendi cretam vel lapidem, sed si haberet jus percipiendi omnes fructus, tunc esset servitus usufruct.* (11).

V. *Quinto et ultimo quaero quomodo vocentur hujusmodi loca, in quib. debetur servitus, vel jus calcis coquendae, arenae fodiendae, vel cretae aut lapidis eximendi, dic nominantur certi fodinae,*

allora si direbbe servitù urbana, prendendo essa il nome del fondo dominante. Ma se il diritto di cuocer calce o di cavar sabbia è dovuto, non già a vantaggio del fondo urbano o rustico, allora non sarebbe una servitù reale, ma un diritto personale (*a*).

II. Se non che si può dubitare in 2.° luogo, se qualora il diritto di cuocer calce o di cavar sabbia sia promesso fin oltre il confine del bisogno del fondo dominante, sì fatta servitù possa venire costituita? Rispondi, che no. E la ragione è questa: che le servitù reali si costituiscono secondo il bisogno del fondo dominante (*b*).

III. In 3.° luogo si dubita se queste due servitù sieno nominate od innominate. La Glossa dice che sono innominate. Io già prima opinai che sieno nominate; rispondi dunque com' ivi (*c*).

IV. In 4.° luogo dimando: se alcuno ha il diritto di cavar pietre o creta, è questa forse una servitù? Rispondi: se è dovuta a vantaggio di un predio rustico, sarà rustica, se di un urbano urbana. Ma se non è dovuta ad utilità di un fondo, ma per altra cagione, verbigrazia, per fabbricare stoviglie da vendere, allora non sarà servitù reale rustica od urbana, ma una certa comodità (1*) a simiglianza dell' usufrutto; e dico a simiglianza dell' usufrutto, perchè non è tale, essendochè l' usufruttuario percepisca tutt'i frutti insieme, lo che non avviene in questo caso, nel quale non si ha che il diritto di estrarre creta o pietra; che se si avesse il diritto di percepire tutti i frutti, allora sarebbe servitù d'usufrutto (*d*).

V. In quinto ed ultimo luogo dimando con qual nome si appellino così fatti luoghi nei quali è dovuta la servitù od il diritto di cuocer calce, di cavar sabbia o di estrarre

(1) *Ut est text. cum gloss. in versic. aream, l. 1. ff. de serv. urb. praed.*

(2) *Vide quae dixi 1. lib. in 3. et 4. divisione servitutis.*

(3) *Ut not. gloss. in d. l. veluti, in vers. quod ergo, et probatur, in l. Mela, § fina. et ibi per* [illegible]

istas servitutes, ibi, item quarta est natura servitutis.

(6) *In l. 1. § in rusticis, in versic. haec sunt, in princ. ff. de serv. rust. praed.*

(7) *In lib. 1. in 2. divisione servitutis.*

(8) *In 3. quaest. princ.*

[illegible] *in d. l. ar-*

Digitized by Google

lapicidinae (1), *et arenariae, in quibus arena foditur* (2).

(5) *L. divortio, § si vir in fundo, ff. solut. matrim.*

(1*) *Commoditas.* Dicitur respectu usus, non respectu fructus (1).

(1) *L. cum in rem. et ibi Barth. de rei vend.*

creta o pietre? Rispondi: si chiamano cave di pietra o di creta, o renacci.

(6) *L. sed hi. in prino. et ibi glosa, ff. de publicanis.*

(1*) *Comodità.* Si dice così rispetto all'uso, non già rispetto ai frutti.

ANNOTAZIONI AL CAPO X.

(*a*) Le servitù di cuocer calce e di cavar sabbia insieme con quella di cavar sassi sono comprese nel § 477 n.° 6 del Codice austriaco, ed in quelle che ponno essere stabilite fra proprietarii di fondi secondo l' articolo 686 del Codice Napoleone.

Esse per quest' ultimo Codice sono servitù discontinue non apparenti: quindi non ponno stabilirsi nè per la sola prescrizione (usucapione) nè per destinazione del padre di famiglia.

Per cuocer calce nella fornace altrui e per cavar sabbia e pietre nel fondo altrui, fa d' uopo avervi l' accesso, e questo nella servitù è compreso.

Tali servitù ponno essere tanto rustiche quanto urbane, per quanto ho detto nell' annotazione *a*) al Capo IX del Trattato I riferendomi al § 474 del Codice austriaco, ed all' articolo 687 del Codice Napoleone.

P. e. Io ho diritto di cuocer calce, di cavar pietre e sabbia a favore di un mio fondo destinato alla economia rurale. Allora tali servitù sono pel Codice austriaco rustiche. Se ne ho diritto per altro uso sono urbane.

Io ho diritto di cavar pietre e sabbia e di cuocer calce per un edifizio (fabbrica) ed allora tali servitù pel Codice Napoleone sono urbane se anche la fabbrica è in campagna. Se ne ho diritto, per un terreno, anche in città sono rustiche.

In quanto all' essere quei diritti servitù prediali, o personali, o semplici obbligazioni personali, veggansi le annotazioni indicate nell' altra annotazione *b*) al capo VII del presente II Trattato.

(*b*) Le servitù delle quali ora mi occupo ponno essere costituite anche oltre al limite del bisogno del fondo dominante.

Perchè dovessero essere costituite nel limite del bisogno, farebbe d' uopo che quel limite fosse esattamente conosciuto all' atto della loro costituzione.

Ora il limite di futuri bisogni non può essere sempre in precedenza esattamente conosciuto.

Inoltre io non troverei nè illegale nè illecito che venisse costituita una delle servitù delle quali ora parlo in modo che il fondo dominante avesse diritto a levare dal campo altrui sabbia o pietre ed a cuocere nella fornace altrui calce in quantità maggiore o minore del presumibile bisogno di quel fondo.

(*c*) Queste servitù sono nominate per quanto ho detto nell'annotazione *a*) al Capo IX.

(*d*) È certo che se ho diritto di cuocer calce nella fornace, e di levar sabbia e pietre dal fondo altrui non però a vantaggio di un mio fondo, questa non è servitù prediale, perchè mancherebbe il fondo dominante.

Sicchè se avessi il diritto di estrarre pietre o creta da un fondo altrui per fabbricare p. e. stoviglie da vendere, non sarebbe questa una servitù prediale nel Regno lombardo-veneto, perchè come ho detto nell' annotazione *c*) al Capo XXXI, del Trattato I, l' eser-

Digitized by Google

nemmeno diritto di usufrutto perchè questo si estende al godimento di ogni e qualunque frutto della cosa altrui, e nel caso concreto, il mio diritto su quel fondo non si estenderebbe a tutti i frutti di esso, ma ad una specie sola, quando osservato l'articolo 598 del suddetto Codice pel quale l' usufruttuario gode eziandio delle cave di pietra aperte ed in esercizio, si volesse ritenere essere le pietre e la creta, prodotti, frutti, e non parte della sostanza che nell' usufrutto dee rimaner salva.

Per lo stesso motivo mi sembrerebbe che quel diritto non fosse servitù personale di usufrutto pel § 509 del Codice austriaco, ove osservato il § 511 di esso pel quale l' usufruttuario gode del prodotto netto delle miniere, ritener si volesse che le pietre e la creta, fossero prodotti, frutti e non parte della sostanza dell' altrui fondo la quale nell' usufrutto rimaner dee, come ho detto di sopra, salva.

Invece, ritenendo che quelle pietre e quella creta non sieno parte della sostanza, ma prodotti, frutti del fondo altrui mi parrebbe che il diritto di estrarnele potesse essere secondo il § 504 del Codice austriaco una specie di servitù personale di uso ristretta alla loro estrazione e pel Codice Napoleone una specie di diritto personale di uso.

Del resto mi riferisco alle annotazioni *c* al Capo II ed *a* al Capo III del Trattato I.

Digitized by Google

CAPUT XI.

DE SERVITUTE ALTIUS TOLLENDI.

I. Servitus altius tollendi triplex esse dignoscitur. — II. Servitus altius tollendi quare alia est rustica, et alia urbana. — III. Servitute altius tollendi exemplum quomodo ponatur. — IV. Servitute altius tollendi exemplum quomodo procedat, cum quis regulariter possit tollere domum suam usque ad coelum, etiamsi servitus imposita non esset. — V. Culturae favore non potest unus ventum impedire, ne ad alterius praedium transeat.

I. *Triplex est servitus altius tollendi. Una est servitus altius tollendi et officiendi luminibus vicini. Alia est servitus altius non tollendi: et istae duae sunt urbanae* (1). *Tertia est servitus altius tollendi, quae est rustica* (2) *et de ista loquitur rubr. nostra.*

II. *Pro cujus declaratione primo quaero, quare ista est rustica, et aliae sunt urbanae? dic, quia servitus denominatur a praedio dominante* (3), *et ideo quando servitus altius tollendi vel non tollendi debetur praed. urban. appellatur urb. et*

CAPO XI.

DELLA SERVITÙ D'INNALZARE.

I. Di tre specie è la servitù di innalzare. — II. Perchè di detta servitù altra è rustica ed altra urbana. — III. Come si dia un esempio della servitù di levare più alto. — IV. Come proceda tale esempio, mentre ciascuno può di regola innalzare la sua casa sino al cielo, benchè non sia imposta una servitù. — V. Nessuno può in grazia della coltura impedire che l'aria passi al fondo di un altro.

I. Di tre specie è la servitù d' innalzare. Una è la servitù di levar più alto e di torre la luce del vicino. L'altra è quella di non levare più alto; e queste due sono urbane. La terza è la servitù di levare più alto, ch'è rustica, e di questa dobbiam parlare. A spiegazione della quale in primo luogo dimando:

II. Perchè questa ultima è rustica, e le altre sono urbane? Rispondi: perchè la servitù piglia il nome dal fondo dominante; e però quando la servitù di levar più alto o non levare è dovuta ad un fondo urbano, si chiama urbana, e così procedono le due

Digitized by Google

exemplum in hac servitute altius tollendi? Dic, potest poni domuncula gratia fructuum parata, quam ille cui debebatur haec servitus, volebat altius tollere, et officere praedio vicini (1).

IV. *Tertio quaero, quomodo hoc exemplum possit procedere, cum quis regulariter possit aedes suas vel domum altius tollere usque ad coelum, etiam si non est imposita servitus* (2), *ergo servitus non videtur posse locum habere: quia res sua, et jus suum non potest sibi servire* (3), *dicendum est secundum gloss.* (5) *quod in urbanis est libertas: quia potest quis regulariter altius tollere, et ita procedunt jura praeallegata. Sed in praediis rusticis est servitus posse elevari altius: quia ubi non esset imposita servitus altius tollendi, et officiendi praedio vicini, non posset altius tolli propter utilitatem segetum* (4).

V. *Et ratio dubitandi potuit esse: quia favore culturae non potest unus impedire ventum transire ad praedium alterius* (6). *Et ideo videbatur hoc esse introductum pro publ. utilitate, et non posse alio pacto expresse contrahentium aliter disponi, et nec pacto valet per illam* (7). *Vel secundo potest dici, quod ista servitus locum habeat, quando actum fuerat, ut deberet altius tollere, quia altius aedificare de necessitate est servitus: sed de voluntate est quaedam libertas, et ibi declarat gl.* (8) *ubi declaravi quomodo potest esse utilis haec servitus. Vel tertio potest dici secundum eandem gloss. quod haec servitus intelligatur, quando quis habet potestatem altius tollendi in fundo vicini rustico: quia tunc in alieno jus servitutis constitui potest et hanc tanquam veram sequitur Flor.* (9); *tamen praedicti tres intellectus recte possunt procedere secundum quod supra declaravi. Caetera circa hanc materiam vide in duobus tit. de servitutibus altius tollendi, et altius non tollendi* (10).

sempio si possa addurre di tale servitù? Rispondi: può darsi quello di una casetta destinata a ricever le messi, che quegli, cui tale servitù era dovuta, voleva innalzare nuocendo al fondo vicino.

IV. In terzo luogo chiedo in qual modo possa procedere quest' esempio, mentre chiunque di regola può innalzare le sue case o fabbriche sino al cielo, benchè non sia loro imposta servitù; laonde non sembra poter esistere servitù, dacchè la cosa propria ed il proprio diritto non possono servire a se stessi. Rispondi, secondo la glossa, che ne' fondi urbani è libertà, perchè ciascuno può di regola levare più alto; ma ne' fondi rustici il poter levare più alto è una servitù; avvegnachè, se non fosse imposta la servitù di levar più alto e nuocere al fondo del vicino, non si potrebbe innalzare, e ciò per vantaggio delle messi.

V. E la ragione di dubitare può esser questa: che in grazia dell'agricoltura non può alcuno impedire che l'aria passi al fondo altrui. Epperò sembrava ciò essere introdotto a vantaggio pubblico, e non potersi disporre altrimenti da' contraenti con un patto diverso ed espresso, il quale non è valido. Oppure in secondo luogo può dirsi, che questa servitù abbia luogo quando fu pattuito che si dovesse levar più alto, perchè l' innalzare per necessità è una servitù; ma l' innalzare per volontà è libertà, come spiega la Glossa. Oppure in terzo luogo può dirsi, giusta la stessa Glossa, che questa servitù s' intende esistere, quando alcuno ha facoltà di levar più alto nel fondo del vicino, perchè allora il diritto di servitù può essere costituito nell' altrui; e questa opinione, siccome vera, è seguita da Floriano. Nondimeno le dette tre interpretazioni possono procedere rettamente secondo ciò, che prima ho esposto. Quello che resta a dirsi intorno a questa materia lo troverai nei due titoli della servitù di levar più alto e di non innalzare (*a*).

(1) *L. sed iure* 8 *stabula* ff. *in quibus caus.*

(4) *In d. l.* 2. *in princ.*

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO XI.

a) 1.° Pel § 474 del Codice austriaco la servitù *altius non tollendi* può essere tanto rustica, quanto urbana.

Rustica, quando il fondo dominante fosse destinato alla economia rurale nel caso p. e. avvertito dallo Schuster al § 189 del suo trattato sul diritto di fabbricare, in cui fosse stabilita nella intenzione di non togliere, coll'ergere di più il proprio edifizio, prospetto e luce ad un orto o a un edifizio serviente alla suddetta economia, e ad altri spettante.

Urbana, quando il fondo dominante non fosse destinato alla economia rurale.

Anche per l' articolo 687 del Codice Napoleone può essere urbana o rustica.

Urbana, se stabilita per uso di una fabbrica (edifizio) in città od in campagna, perchè a quella fabbrica altrui non vengano tolti, come ho detto di sopra, luce e prospetto coll' innalzare di più il proprio edifizio.

Rustica, se stabilita per lo stesso oggetto per uso di un terreno in città od in campagna.

Mi riferisco del resto a quanto ho detto intorno a questa servitù nelle annotazioni al Capo XXVII del Trattato I.

2.° Alla domanda se l' obbligo *altius tollendi* esistente contro il diritto della naturale libertà di non ergere, ove lo si voglia, più alto il proprio edifizio, ed esistente accanto a quel diritto di naturale libertà di ergerlo di più, sia vera servitù prediale secondo la definizione che dà di questa il Codice austriaco, ho risposto negativamente nelle annotazioni *b* e *c* al Capo XXVI del suddetto I Trattato.

Ma se non è rigorosamente servitù prediale, ciò non toglie che non possa essere od obbligo reale od obbligo personale.

Pel Codice Napoleone poi, come ho detto nell' annotazione *b* al suaccennato Capo XXVI, se fosse servitù, però irregolare, potrebb'essere tanto urbana quanto rustica secondo che l' ergere più in alto il proprio edifizio andasse a vantaggio o di un fabbricato o di un terreno altrui.

Digitized by Google

CAPUT XII.

DE SERVITUTE CLOACAE.

I. *Jus cloacae immittendae quod sit.* — II. *Servitus cloacae fundo rustico quando deberi dicatur.*

I. *Jus cloacae immittendae servitus est, scilicet rustici praedii* (1), *quae si intelliguntur de praedio rustico dominante, gloss. optime dicit. Sed si intelligeretur de praedio serviente; deberet addi, de fundo urbano servitutem debente rustico fundo* (2): *et utroque modo dicitur servitus rustica, ex quo debetur fundo rustico, quia servitus debetur praedio dominanti* (3), *et ideo si servitus cloacae deberetur fundo urbano, diceretur urbana* (4).

II. *Sed si quaeratur quando dicatur servitus cloacae deberi fundo rustico? dico quod quandoque licet per vicini domum habere cloacam* (5), *ad quam cloacam coloni agri mei propter necessitatem sui corporis accedant, quod agro meo expetit: ideoque dicitur rustica servitus* (6). *Et ita potest intelligi* (7): *sed quando deberetur servitus pro purgando fundo urbano: tunc diceretur servitus urbana in-*

(1) *In l. jus* (*) *cloacae, D. de servit. secundum gloss. ibi per l. 2. in princip. D. de serv. rustic. praedior.*

(2) *Ut eadem gloss. in d. l. 2. in versi. domum, in 2. lect.*

(3) *L. 1. cum gloss. in vers. aream, D. de serv. urb. praed. et dixi in tit. praeced. in l. quaest.*

CAPO XII.

DELLA SERVITÙ DELLA CLOACA.

I. Che cosa sia il diritto d'introdurre la cloaca. — II. Quando si dica che la servitù di cloaca è dovuta al fondo rustico.

I. Il diritto d'introdurre la cloaca è una servitù del fondo rustico, e di essa parlano alcuni testi, secondo la glossa, i quali se s'intendono riferirsi al predio rustico, la glossa dice ottimamente. Ma se s'intendono parlare del fondo servente, dovrebbesi aggiungere: del fondo urbano obbligato a servitù verso un fondo rustico; ed in ambi i modi si dice essere servitù rustica per ciò che è dovuta ad un fondo rustico dominante; e però se la servitù di cloaca fosse dovuta ad un fondo urbano, si direbbe urbana.

II. Ma se si dimanda quando si dica che tale servitù è dovuta ad un fondo rustico, rispondi, che talvolta è permesso aver la cloaca nella casa del vicino, alla quale i miei coloni accorrano per necessità corporale; il che giova al mio fondo: laonde si chiama servitù rustica. Ma quando tale servitù fosse dovuta per purgare il fondo urbano, allora si direbbe servitù urbana in riguardo al

(4) *De qua dixi supra in l. lib. in tit. de cloacis.*

(5) *D. l. 2. in princip.*

(6) *Ut dicit gloss. in d. l. 2. in vers. cloacam.*

(7) *D. l. 2. et d. l. jus cloacae.*

Digitized by Google

specto fundo dominanti cui servitus debetur: et quia ista materia cloacae fuit examinata supra (1) *ideo non expedit hic aliter declarare, etc.*

(1) *In 1. libr. in tit. de cloacis, et plenius supr. in tit. de aquaeductu, in ultim. quaest. in princ. vers. utile et convenienter etiam subjicere, usque ad fin. et aliquid supra de servitute viae, in 36. et ultim. quaest.*

(*) *Jus cloacae.* Cloacae meae usus, an potest impediri per te vide Specul. (1), et cloacae materiam vide in tit. D. (2).

(1) *De causa possess.* § 3. *in fin. et* § 4. *versic. sed nunquid.*

(2) *De cloa. per totum.*

fondo dominante, al quale è dovuta. E poi che questa servitù fu esaminata prima più largamente, non occorre qui trattarne più a lungo (*a*).

(*) *Diritto di cloaca.* Se l'uso della mia cloaca possa essere impedito da te, vedi lo Speculatore; e circa la materia della cloaca, vedi il titolo relativo del Digesto.

ANNOTAZIONI AL CAPO XII.

(*a*) Dicendo il Cipolla essere permesso aver la cloaca nella casa del vicino alla quale i miei coloni accorrano per necessità corporale, si vede aver egli voluto parlare non propriamente della *cloaca* quale l' ho definita nell' annotazione *a* al Capo XLVIII del Trattato I, ma invece della *latrina* della quale pure in quel sito ho dato la definizione.

E parlando egli della latrina, sembrami che parli della servitù detta dal diritto romano *sterculinii*, cioè secondo il Mackeldey da me sovente citato § 289 n.° 7, del diritto di aprire a vantaggio del nostro edifizio una fossa da letame o di altra simile materia nel terreno o nella casa del vicino.

Questa definizione parmi che corrisponda abbastanza a quella che ho dato della latrina nell' annotazione da me poco fa indicata.

Questa servitù di latrina pel Codice austriaco sarebbe urbana, quando il predio dominante servisse ad uso diverso da quello della rurale economia, e rustica quando quel predio servisse alla suddetta economia.

E pel Codice Napoleone essendo il predio dominante una fabbrica (edifizio) in città od in campagna, sarebbe urbana.

Ma parmi che potrebb' essere eziandio rustica, quando la latrina fosse aperta nel predio altrui per vantaggio di un predio dominante che fosse un terreno, come nell' esempio portato dal Cipolla, affinchè i lavoratori di quel terreno potessero accorrervi per soddisfare alle loro necessità corporali.

Ma se il Cipolla avesse anche voluto propriamente parlare della cloaca, avrebbe qui parlato della servitù detta dal diritto romano *cloacae mittendae*, cioè, secondo il Mackeldey al suddetto § n.° 8, del diritto di condurre pel terreno o per la casa del vicino un canale di scolo di materie.

Anche questa definizione corrisponderebbe sufficientemente a quella che ho dato della cloaca nell' annotazione *a*) al Capo XLVIII del Trattato I.

Potendo, come ivi ho detto, la cloaca essere anche privata quando riceva le acque e le immondezze soltanto di una o più case, questa o queste case sono il predio dominante, ed il fondo sottoposto alla casa od al terreno altrui per cui quella cloaca è condotta, è il predio serviente.

Quindi nel Codice austriaco se quel fondo dominante fosse destinato alla economia

Digitized by Google

CAPUT XIII.

DE SERVITUTE PRAETORII VEL PROTECTI.

I. *Praetorium vel protectum habere licere in fundo, quae servitus esse dicatur.* — II. *Praetorium quid proprie dicatur.* — III. *Praetorium, quod alias protectum dicitur, quid sit.*

I. *Est etiam servitus rustica praetorium vel protectum habere licere in fundo, ut ibi recipi possint coloni agri mei* (1).

II. *Praetorium autem dicitur locus, in quo pater-familias residere solet, et merces et species tanquam in horreis retinere* (2) *et sumitur hoc ex eo, quia praetorium solet dici locus, in quo praetor reddit jura* (3). *Si igitur alicui licet in fundo vicini praetorium habere, in quo sui coloni, sive ipse aut sua familia possint residere causa sui fundi rustici, dicetur servitus rustica.*

III. *Protectum vero, quod alias projectum dicitur, est illud quod ita provehitur, ut nunquam requiesceret, qualia sunt moeniana* (4), *cum ita non sit licitum protectum super solo alterius facere, vel habere in fundo vicini pro utilitate fundi rustici, dicitur servitus rust. de qua loquitur* (5). *Et ista rubrica declaratur per ea quae dicta sunt in titulis proxima, alleg.*

(1) *L. 2. cum gloss. ver. protectum, D. de serv. rust. praed.*
(2) *C. de offic. rector. provin. l. nulli.*
(3) *Ut dicit gloss. in l. plenius, in princ. D. de usu et hab.*

CAPO XIII.

DELLO SPORTO O *PRETORIO*.

I. Quale servitù si dica essere il tenere uno sporto o *pretorio* nell' altrui fondo. — II. Che cosa veramente significhi *pretorio*. — III. Che cosa sia lo sporto, altrimenti detto *protectum*.

I. È servitù rustica eziandio il poter tenere un *pretorio* o sporto nell' altrui fondo, onde i coloni del mio podere possano in esso ricovrarsi.

II. *Pretorio* poi si dice il luogo, nel quale suole stare il padre di famiglia, e tenervi le merci ed altre cose, come ne' granai, e deriva da ciò, che *pretorio* soleva nomarsi il luogo, in cui il pretore rendeva giustizia. Se adunque a taluno viene permesso di avere un *pretorio* nel fondo del vicino, nel quale i suoi coloni, od egli stesso, o la sua famiglia possano stare a cagione del suo fondo rustico, questa si dirà essere una servitù rustica.

III. Lo sporto poi (*protectum*), che altrimenti si chiama *projectum*, è quello che si fattamente sporge all' infuori da non poggiare in alcun sito, come sono i poggiuoli. E siccome non è lecito costruire uno sporto sul fondo altrui, o tenerlo in esso a vantaggio del proprio fondo rustico, così tale servitù si dice rustica. Queste cose poi trovano spiegazione in quelle che furono esposte nei titoli precedenti (*a*).

(4) *L. mat. § si protect. D. de verbor. signif. et l. quamdm. § si protectum, D. ad l. Aquil. et l. si duo, § item videamus, et § Labeo, l. si duo, D. uti posside.*
(5) *L. 1. de servit. rust.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XIII.

(*a*) Intorno alle servitù *projiciendi* e *protegendi* veggasi quanto ho detto nell' annotazione *a*) al Capo XXXI e nelle annotazioni al Capo XXXII del Trattato I.

Del resto, se io ho diritto di avere un luogo coperto nell' altrui fondo a vantaggio di un mio terreno perchè a cagione di questo, possano ricoverarsi o stare i miei coloni, lavoratori, la mia famiglia ed io stesso, questa sarà una servitù prediale rustica e pel § 474 del Codice austriaco e per l' articolo 687 del Codice Napoleone.

Digitized by Google

CAPUT XIV.

DE SERVITUTE INNOMINATA.

I. *Servitutes innominatae quae dicantur.* — II. *Servitutes quae per quatuor elementa versantur.*

I. *Post urbanas servitutes quae nominatae dicuntur, domum primo libro figuravimus, ut ex ea ceteras servitutes urbanae, quae nominatae non reperiuntur, intelligi possint. Nunc vero consequens, ut in hoc libro secundo, declaratis rusticis servitutibus nominatis, alium ordinem adhibeamus, quo alio modo reperiantur facile et haberi et intelligi possint.*

II. *Has autem, cum circa praedia tantum rustica versentur, per quatuor in primis elementa, terram* (*) *scilicet, aquam, aerem, et ignem, quantum ad rem pertinet breviter ordinandas esse constituimus, ita ut facilius unusquisque inquirere ac percipere poterit, quando fundo rustico servitus debeatur, quando illis etiam quatuor elementis nullo jure servitutis prohibente libere uti valeat.*

(*) *Terram.* Terra quantum differt a lana et

CAPO XIV.

DELLA SERVITÙ INNOMINATA.

I. Quali si dicano servitù innominate. — II. Servitù, che risguardano i quattro elementi.

I. Posciachè abbiamo trattato di quelle servitù urbane che si dicono *nominate*, abbiamo nel primo libro immaginata una casa, onde per essa si potessero intendere le altre, che non si trovano nominate. Ora poi è conseguente, che in questo secondo libro, dopo avere spiegate le servitù rustiche nominate, seguiamo un altro ordine, per il quale le innominate in modo diverso si rinvengano facilmente e si possano considerare ed intendere.

II. E siccome sì fatte servitù riguardano soltanto i fondi rustici, così, per quanto spetta all'argomento, deliberammo di ordinarle brevemente secondo i quattro elementi, cioè la terra, (*) l'acqua, l'aria ed il fuoco, diguisachè ciascuno più facilmente potrà ricercare e comprendere quando la servitù sia dovuta al fondo rustico, e quando eziandio si possa liberamente usare di que' quattro elementi, senza che alcun diritto di servitù lo impedisca (*a*).

(*) *Terra.* Quanto sia distante la terra dalla

Digitized by Google

CAPUT XV.

DE SERVITUTE TERRAE.

I. *Servitutes terrae quae sint, et quibus imponantur.* — II. *Religiosi si concedant, ut in aliquo loco sepulturam facere possim, et ibi sepelire coeperim, si postea cum eis conveniam ne sepeliamur nisi usque ad certum numerum, et quod non possim inibi monumentum cum lapidibus, nisi usque ad certam mensuram extruere: an talis conventio valeat.* — III. *Fundum si quis habuerit: per quem solebat ire ad casas fundo junctas; et ipsum alteri legaverit: an si legatarius sibi fundum legatum petat: haeredes excipere possint servitutem dictis casis deberi.* — IV. *Casa quid proprie dicatur: et quid capanna.*

Quia primum apud nos elementum est terra, ideo prius de ipsa in genere videamus, postea specialiter de quibusdam servitutibus terram concernentibus declarabimus.

I. *Primo est in primis sciendum, servitutes hujusmodi imponi posse, ut boves, per quos colitur fundus, in vicino agro pascantur, et ita Nerat.* (1) *scribit ut Ulpian. refert* (2). *Item ut fructus vicini in villa cogantur, coactique habeantur, et ut pedamenta ad vineam ex vicini praedio sumantur, et vicino, cujus lapidicinae fundo tuo immineant, id est, sint juxta agrum tuum ex parte superiori, posse te concedere jus esse, terram in fundum jacere, saxa posita habere, et ut in tuum lapides provolvantur, ibique positi habeantur, indeque exportentur, haec omnia*

(1) *Lib. 2. membranarum.*

CAPO XV.

DELLA SERVITÙ DELLA TERRA.

I. Quali sieno le servitù della terra ed a chi si impongano. — II. Se i religiosi mi permettono ch' io possa costruire un sepolcro in alcun sito, ed io abbia cominciato a seppellire colà, e poscia convenga con essi di non seppellire se non fino a un certo numero, e che non possa fabbricare un monumento di pietre se non fino ad una determinata misura, sì fatta convenzione ha forse valore? — III. Se alcuno aveva un fondo, pel quale soleva andare alle case ad esso congiunte, ed ha legato il detto fondo ad un altro, ove questo legatario dimandi il fondo legato, possono gli eredi eccepire, che in questi casi è dovuta una servitù? — IV. Quale propriamente si chiami *casa*, e quale *capanna*.

Poichè la terra è il primo elemento per noi, parleremo prima di essa generalmente; indi spiegheremo in particolare alcune servitù, che alla terra si riferiscono.

I. In primo luogo deve sapersi, che siffatte servitù si possono imporre, affinchè i buoi pascolino co' quali si coltiva il fondo, nel campo vicino, come scrisse Nerazio secondo Ulpiano. Così pure, affinchè le messi si adunino nella villa del vicino, ed ivi si tengano raccolte, o perchè si prendano dal fondo del vicino le pertiche necessarie per la vigna, o perchè sia permesso al vicino, le di cui cave di pietre stanno sopra il tuo fondo, cioè presso il tuo campo dal lato superiore, di gettar terra in esso, e tenere le pietre raccolte, o perchè i sassi sieno rotolati nel tuo fondo, ed ivi stieno posati, e poscia

(2) *In l. 3. in princ. ff. de serv. rust. praed.*

Digitized by Google

habentur (1). *Item potest constitui servitus gestandi, vel in tuo uvas premendi, vel area tua ad frumenta, caeteraque legumina exprimenda utendi, habenti praedium rusticum pro eo constitui* (2). *Item servitus rustica constitui potest, ut sylvae caeduae, et pedamenta vineis non desint, si causa fundi rustici dominantis fiat. Item et Maetianus probat servitutem talem constitui posse ut tugurium mihi liceret habere in tuo, scilicet si habeam pascui servitutem aut pecoris appellendi: ut si hyems ingruerit, habeam quo me recipiam: vel si fuerit constituta servitus propter colentes agrum meum, quatenus in tugurio agri tui recipiantur* (3). *Item servitutes praediorum tam in solo, quam in superficie imponi possunt* (4), *quod declara, ut ibi, per gloss. et Dd. Item servitutes rusticorum praediorum, etsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, et ideo non usucapiuntur* (5), *caveri autem, ut ad certam altitudinem monumentum aedificetur, non potest: quia id quod humani juris esse desiit, servitutem non recipit. Item nec illa quidem servitus consistere potest, ne certus numerus hominum in uno loco humetur* (6), *et ideo dicit ibi Paul. de Castr.* (7).

II. *Quod si religiosi concedant in aliquo loco, ut possim facere sepulturam, et ibi incipit sepelire: si postea conveni cum eis, ut non possim sepelire, nisi usque ad certum numerum, et quod non possum ibi extruere monumentum cum lapidibus, nisi usque ad certam mensuram, ista conventio non valet, et potero sepelire quot volam, et etiam ornare sepulchrum lapidibus, prout decet* (8), *et ibi etiam Paul. hoc vult* (9) *non obstante contradictione illorum religiosorum, sed si vellem aedificare ultra concedentiam, possum prohiberi* (10).

III. *Sed in specie nunc quaeritur de casis, si quis habet fundum per quem solebat ire ad casas junctas fundo, et ipsum alteri legat, an si legatarius petat fun-*

vi asportino. Del pari, si può costituire la servitù di portare, o di spremere le uve nel tuo, o di usare della tua aja onde sgranare il frumento e gli altri legumi, da chi ha un fondo rustico a favore di esso. Del pari può essere costituita la servitù rustica, che non manchino i boschi cedui, e le pertiche per le vigne, se ciò si fa a cagione di un fondo rustico dominante. Così pure, e Meziano lo approva, si può costituire la servitù, che mi sia permesso di tenere una capanna nel tuo fondo, qualora posseda la servitù di pascolo o di abbeverare il bestiame, onde se l'inverno sovrasta, abbia un sito che mi ricetti; oppure, se fosse costituita una servitù a vantaggio dei coltivatori del mio podere, perchè sieno accolti nella capanna del tuo fondo (*a*). Parimente le servitù prediali possono essere imposte tanto al suolo, quanto alla superficie (*b*). Così pure le servitù dei predii rustici, benchè sieno attaccate a' corpi, tuttavolta sono incorporali, e però non si usucapiscono (*c*). Non si può poi stipulare, che si fabbrichi un monumento sino ad una certa altezza, perchè ciò che cessa di appartenere all' umano diritto, non è idoneo a servitù. Così pure non può aver consistenza la servitù, che in un luogo sieno seppelliti un certo numero di uomini.

II. Che se i monaci mi permettono ch'io possa costruire un sepolcro in certo sito, ed ivi io cominci a seppellire; e se poscia io convenga con essi che non possa seppellire se non fino ad un certo numero di spoglie, nè fabbricare colà un monumento di pietra se non fino ad una certa altezza, questa convenzione non vale, ed io potrò seppellire quanto vorrò, ed eziandio rivestire il sepolcro di pietre in modo conveniente, non ostante la contraddizione di que' religiosi. Ma se volessi fabbricare fuori del sito concesso, allora mi potrà esser proibito (*d*).

III. Se non che noi vogliamo specialmente trattare di casi.— Se alcuno aveva un fondo, pel quale soleva andare alle case congiunte ad esso, e lo legò ad un altro, e se

Digitized by Google

sas. Et videtur quod non: quia nulla servitus fuit ante mortem testatoris, quia res sua nemini servit (1). *Nec post mortem videtur servitus aliqua deberi, ex quo non fuit per testatorem imposita, quia res praesumitur libera, ubi servitus imposita non reperitur* (2). *Tamen dicendum est contrarium, ex quo testator legavit proprietatem fundi, per quem ad casas illas solebat venire* (3).

IV. *Quae autem dicatur casa, Bald.* (4) *dicit quod est vulgare Italicum, et solet dici a cadendo, quando est quaedam domuncula, sed nunquid cabanna dicatur casa, sive domus? dicit Bald. ibi, recurrendum esse ad vulgare: nam illud quod communiter homines dicunt, in vulgari est inspiciendum: proprie tamen non dicitur domus, quia non consistit ex pariete et ex tecto* (5).

(1) *L. in re communi, ff. de serv. urb. praed. cum sim.*

(2) *L. altius, et l. aedibus, C. de serv.*

(3) *Ut l. testatrix in princ. ff. si serv. vend.* et probatur *In l. si fundum sub conditione, § qui fundum, D. de leg. 1. et l. fin. in princ. ff. de serv. urb. praed. et per Bart. in l. 1. ff. de serv. leg* ubi omnino est videndum de hac materia.

(4) *In c. 2. si duo fratres in eadem casa in tit. de fru. de no. benefic. in vest.*

(5) *D. de usuc. l. eum qui aedes* qui dicit esse ad statutum, sed vide gloss. *Inst. de rer. div. § 1. in ver. villis.* quae declarat, quae dicatur cabanna.

dette case? Sembra che no, perchè niuna servitù ebbe luogo prima della morte del testatore, e perchè la cosa propria non serve ad alcuno. Nè dopo la morte sembra che alcuna servitù sia dovuta, dacchè non fu imposta dal testatore, ed ogni cosa si presume libera qualora non le si trovi imposta una servitù. Tuttavia deve dirsi l'opposto, perchè il testatore legò la proprietà del fondo, per il quale soleva andare a quelle case (*e*).

IV. Intorno poi al quesito quale si dica esser *casa*, Baldo dice che è parola volgare italiana, e che suole così chiamarsi da *cadere*, allorquando è una piccola casa. Ma la capanna si dirà forse casa? Lo stesso Baldo risponde, doversi ricorrere alla lingua volgare, perchè ciò che gli uomini dicono comunemente, dee interpretarsi secondo il volgare linguaggio. Veramente poi non si dice casa, perchè non è formata di muro e di tetto (*f*).

ANNOTAZIONI AL CAPO XV.

(*a*) Le servitù qui enumerate dal Cipolla e ch' ei dice riferirsi alla terra sono tutte servitù prediali rustiche, alcune nominate e le altre innominate.

b) Che le servitù prediali possano essere imposte tanto sul suolo quanto sulla superficie, l'ho detto nell'annotazione *a*) al Capo XVI del Trattato I.

(*c*) Dall' essere le servitù prediali cose incorporali, ossieno diritti come ho detto nell' annotazione *a*) al Capo II del Trattato I, non ne viene, che mai pei Codici Napoleone ed austriaco non si usucapiscano, ossia non si acquistino per usucapione.

Pel Codice Napoleone se e come si acquistino per prescrizione (usucapione) l' ho detto nell' annotazione *d*) al suddetto Capo, ed altrove.

Ivi poi ed altrove ho detto, che pel Codice austriaco, ogni servitù si acquista per prescrizione (usucapione).

(*d*) 1.° Il monumento del quale qui parla il Cipolla è secondo il frammento 42 libro II, Titolo 7 del digesto « generaliter res memoriae causa in posterum prodita in qua si » corpus vel reliquia inferantur fiet *sepulchrum*: si vero nihil eorum inferatur, erit mo» numentum memoriae causa factum, quod Graeci *cenotaphium*, idest *inane sepulchrum* » appellant. »

Ed il Richeri nel suo dizionario del gius civile, canonico ecc., alla voce *monumentum* aggiunge: « saepe tamen monimentum et sepulchrum promiscue accipiuntur. »

Io ritengo le definizioni del digesto e quindi chiamo fra i monumenti sepolcrali *sepolcro* quello che contiene e *cenotafio* quello che non contiene cadaveri od avanzi di essi.

2.° Ho osservato nelle annotazioni *c* n.° 2, al Capo XVI e *b* al Capo LXXXII del Trattato I che in regola tutti i morti deggiono nel nostro Regno venir sepolti nei soli cimiteri comunali, ma che a quella regola ponno esservi due eccezioni.

Digitized by Google

La prima pei Vescovi che ponno venir tumulati nelle loro chiese cattedrali od altri luoghi sacri, secondo l' antico costume.

La seconda per persone aventi titoli eminenti di merito per tumulare le quali ponno venir conceduti sepolcri privati, i quali ponno essere conceduti anche per la circostanza che nella chiesa od oratorio presso il sepolcro privato venisse instituita qualche celebrazione di messe, benefizio questo che potesse poi darsi in titolo a cherici per essere ordinati sacerdoti.

3.° In regola dunque in nessun sito che non sia cimitero comunale, a chiunque appartenga e se anche appartenga come dice il Cipolla a monaci, possono essere sepolti morti, nè quindi ponno esservi a tale oggetto sepolcri.

Bensì in una chiesa anche di monaci e nei chiostri del loro convento o in altri siti di questo, ponno essere eretti a memoria di defunti dei cenotafii.

Nei due casi invece di eccezione che ho qui sopra accennati, i Vescovi ponno essere sepolti nelle loro chiese cattedrali ed altri luoghi sacri, come in chiese e chiostri di conventi di frati, in cappelle di seminarii ecc., ed in questi siti possono ad essi venir eretti sepolcri e cenotafii.

E persone eminenti od altre persone, ponno essere tumulate in siti privati, quando per queste ultime concorra la circostanza di una fondazione perpetua di messe la quale servir possa di patrimonio a qualche cherico.

Accordato poi il seppellimento in siti privati, ponno essere ivi eretti sepolcri e cenotafii, come possono esserlo nei cimiteri comunali.

Tanto l' argomento del seppellimento quanto quello della formazione di quei cenotafii e sepolcri mi sembrano oggetti misti, nei quali andar deggiono d' accordo le due autorità ecclesiastica e civile.

Mi riferisco del resto all' annotazione *c* n.° 1 e 2 al Capo XVI ed alle annotazioni all' altro Capo LXXXII del I Trattato.

(*e*) Nell' annotazione *b* n.° 1 al Capo XLVI del Trattato I ho detto, che se uno è proprietario di due cortili dal primo dei quali si passa al secondo per una porta, e se venda o lasci in legato a qualcheduno il secondo cortile, il compratore od il legatario di questo, potranno passare per quella porta onde accedere a quel secondo dal primo cortile altrui, quando quel passaggio sia, e non potranno passarvi quando non sia loro indispensabile, quando la vendita od il legato nulla dicano su quel passaggio.

Sembrami che quello che ivi ho detto pel legatario, debba qui dirsi pegli eredi di uno che abbia lasciato ad un altro in legato un fondo pel quale chi lasciò quel legato passava per andare alle proprie case a quel fondo congiunte.

Vale a dire se quel passaggio è indispensabile agli eredi di quello che lasciò il legato, allora il legatario dovrà loro darlo.

Non dovrà darlo se non è ad essi indispensabile.

Mi pare che quello che vale pel legatario debba per parità di ragione valere eziandio pegli eredi di chi lasciò il legato che si trovino in condizioni eguali a quelle del legatario stesso.

f) Secondo il vocabolario domestico del Carena Capo II § 2.° *dell' abitare* :
Casa è un edifizio di pietre, di mattoni o di legno onde abitare.
Capanna è una piccolissima e povera casa il cui tetto è coperto di paglia.

Digitized by Google

CAPUT XVI.

DE TUGURIO.

I. *Tugurium in fundo alieno facere an licitum sit.* — II. *Tugurium quid dicatur remissive.*

I. *Tugurium an sit licitum in fundo alieno facere? Dic quod non regulariter* (1), *nisi sit imposita servitus* (2), *et si fiat non imposita servitute, potest propria authoritate domini fundi destrui* (3): *quod not. Saepe quando in locis ubi sunt pascua, contenditur de possessione vel quasi, partes faciunt tuguria aut casas, ut sub eis stent pecorarii sui, vel coloni, ut ibi ponant foenum, quia si fiat in fundo alterius, potest dominus propria authoritate et impune destruere per dicta jura.*

II. *Et quid sit tugurium*, vide l. tugurii, D. de verbor. signif.

(1) *Quemadmod.* § *si protect. ff. ad leg. Aquil. et l. qui vitem,* § *si ad januam, D. quod vi aut clam.*

CAPO XVI.

DELLA CAPANNA.

I. Se sia lecito costruire una capanna nel fondo altrui. — II. Quale si dica capanna; brevemente.

I. È forse lecito costruire una capanna nell'altrui fondo? Rispondi che no di regola, se non è imposta servitù; e se si costruisce senza che sia imposta servitù, il padrone del fondo può distruggerla di propria autorità. E nota che spesso, allorquando si contende del possesso o quasi-possesso in que'luoghi ove sono pascoli, le parti fabbricano capanne o case, onde i pecorai o coloni possano ricovrarsi e riporre il fieno, le quali cose, se si costruiscono nell'altrui fondo, il padrone può di propria autorità ed impunemente distruggerle pegli allegati testi.

II. Che sia poi la capanna o tugurio, vedilo nella legge *tugurii ff. de verb. signif.* (*a*).

(2) *L. veluti, de serv. rust. praed.*
(3) *Ut d.* § *si protectum, et* § *si ad januam.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XVI.

a) In regola è chiaro che nessuno possa costruire capanna, o tugurio sul fondo altrui se non ne abbia acquistato diritto, o se non ne abbia dal proprietario di quel fondo ottenuto permesso.

Se la capanna od il tugurio fossero stati già arbitrariamente costruiti mi pare che il proprietario del fondo non potrebbe distruggerli di sua propria autorità, e ciò per le ragioni da me addotte in riguardo alla trave già immessa nel fondo altrui, nell' annotazione *g* al Capo XXX del Trattato I.

Ma se uno avesse sul fondo altrui diritto di pascolo o di tagliarvi a vantaggio proprio

Digitized by Google

CAPUT XVII.

DE CULTURA TERRARUM.

I. *Vicinus loci privati superioris, si ita per sulcos araverit atque per porcas, ut ad inferiorem fundum aqua venerit, an possit, an vero aquae arcendae judicio cogi possit, ut in alteram partem aret.* — II. *Opus si quispiam arando faciat, ex quo aqua pluvia vicino nocere possit, si alter fundus coli non poterat actione aquae pluviae arcendae non tenetur.* — III. *Sulcos vel fossas si quispiam in vicini inferioris damnum seu ex latere facere vult, dato quod non possit, quomodo ei succurratur.*

I. *De cultura terrarum breviter quaedam dicamus. Vicinus loci superioris privati ita arabat per sulcos atque per porcas, ut ad inferiorem fundum aqua veniret, quaesitum est an possit: An vero aquae arcendae judicio cogi potest sic, ut in alteram partem araret, et ne sulci vicini* (*) *inferioris agrum spectarent? Respondendum est, dominum fundi inferioris non posse facere, quo minus agrum*

CAPO XVII.

DELLA COLTIVAZIONE DE' TERRENI.

I. Se il vicino padrone del fondo privato superiore ara nei solchi o nelle ajuole in guisa, che l'acqua discenda al fondo inferiore, lo può egli fare, oppure potrà esser forzato coll'azione *di tener l'acqua lontana* ad arare in altra parte? — II. Se alcuno nell'arare fa tale lavoro, per cui l'acqua piovana possa nuocere al vicino, e se il fondo in altro modo non possa coltivarsi, non è tenuto coll'azione di allontanare l'acqua. — III. Se taluno vuol fare ajuole o fossati da lato in danno del vicino inferiore, posto che nol possa fare, in qual modo si soccorrerà questo vicino?

I. Diciamo brevemente alcune cose circa la coltivazione delle terre. Il vicino possessore di un fondo privato superiore arava sì fattamente nei solchi e nelle ajuole, che l'acqua scendeva al fondo inferiore. Fu chiesto se lo possa, o se invece possa esser forzato ad arare in altra parte, mediante azione *di allontanar l'acqua*, e a rispettare il fondo del vicino (*) inferiore? Deve rispondersi, che il padrone del fondo inferiore

Digitized by Google

tione, et ita intelligatur versicu. sequens, sed si quos secundum Bart. et Joan. de Imol. ibi, gloss. autem habuit alium intellectum, videl. ut lex, vicinus in princ. intelligatur, etiam quando sulci erant nocituri fundo vicini inferioris, si non animo nocendi facti sunt, sed causa agri colendi: et est ratio: quia naturaliter fundus inferior debet servitutem superiori, ut aquam recipiat (1); *et ideò si dominus superior non posset bene colere fundum suum sine sulcis aquariis, sibi licitum est eos facere* (2). *Sed adverte quod loquitur quando vicinus habebat fundum ex latere et faciebat sulcos ex transverso animo nocendi fundo vicini, et non propter necessitatem, vel utilitatem culturae vel aliter; et tertio potest intelligi illa l. vicinus, secundum Paul. de Cast. quia aut quis facit sulcos apertos aratro ad seminandum et potest facere sicut vult, sive per longum, sive per transversum* (3). *Aut quis vult facere hos non causa seminandi, sed causa aquam retinendi, qui dicuntur sulci aquarii: et tunc distinguit: Aut sine illis non poterat ager coli, et idem. Aut poterat, et tunc secus: et ita loquitur*, versi. sed si quos, *probatur* in *l. 1, §* de eo opere, eod. tit. *quod sit causa agri colendi, et fructus colligendi quicunque illi sunt, sive frumentum, sive alii fructus, sive opus fiat aratro, sive alio modo* (4).

III. *Sed quid si vult quis facere sulcos, vel fossas, in damnum fundi vicini inferioris, seu ex latere: et casu quod non possit, quomodo ei succurretur? Dic aut jam fecit, et aqua incepit decurrere, et potest ipsum cogere, ut repleat sulcos vel fossas, et si non replet, condemnari debet ad interesse* (5). *Vel potest judex jubere ut caveat de damn. infect.* (6) *Et etiam manu militari poterit compelli ad demoliendum, et ad deplantandum opus* (7).

nuto con detta azione; e così s' intende il versetto *sed si quos* della legge *vicinus ff. de aq. pluv. arc.*, secondo Bartolo e Giovanni da Imola. Però la glossa lo interpreta diversamente, cioè: anche quando i solchi erano per nuocere al fondo del vicino inferiore, quando sieno fatti, non con animo di nuocere, ma a cagione di coltivare il podere; e la ragione si è questa: che naturalmente il fondo inferiore deve al superiore la servitù di ricevere l'acqua. E però se il superiore proprietario non può bene coltivare il suo fondo senza solchi acquosi, gli è permesso di farli. Ma avverti però, che il detto versetto allude al caso, in cui il vicino aveva un fondo da lato, e faceva i solchi a traverso, con l' animo di pregiudicare al fondo del vicino, non già per necessità o per vantaggio di coltivazione o per altra. In terzo luogo quella legge *vicinus* si può intendere così, secondo Paolo di Castro, cioè: od alcuno fa solchi aperti con l' aratro per seminare, e può farli come meglio gli piace, sia per lungo, sia di traverso. Od alcuno vuol fare i solchi, non a cagione della semina, ma per trattenere l' acqua, i quali solchi si dicono acquarii, ed allora bisogna distinguere. O senza di essi il podere non si poteva coltivare, ed allora procede la stessa cosa. O si poteva, ed allora no. Così vuole il versetto *sed si quos*, ed è provato dalla legge 1, § *de eo opere ff. eod. tit.*, cioè, che avvenga in causa della coltivazione del podere, e del ricolto dei frutti, qualunque essi sieno, o frumento od altra messi, tanto se occorra l' aratro, quanto in altro modo.

III. Ma se alcuno vuol far solchi o fossi in danno del vicino fondo inferiore, posto che non lo possa, in qual modo si verrà in aiuto del padrone di questo? Rispondi: o già li fece, e l' acqua cominciò a scorrere, ed allora può costringere l'altro a riempire i solchi e le fosse; e se non li riempie, dev' essere condannato a risarcire. Oppure il giudice può comandare allo stesso di guarentire pel danno temuto; ed eziandio potrà essere compulso colla forza militare a de-

quia in illa actione aquae plu. arc. venit damnum futurum (1) *nec inspicitur si nocuit aqua, sed si nocere potuerit: ut dicit glos.* (2).

ragione si è questa: che nell' azione di allontanar l' acqua piovana viene anche il danno futuro, nè si guarda soltanto se l' acqua abbia nuociuto, ma se poteva nuocere, come dice la glossa (*a*).

(1) *L. supra iter,* § *officium, et l. hactenus,* § *pe. eod. tit.*

(2) *In d. l. vicinus, in fin. in verb. numquam fluxisset, et l.* 1. § 1. *eod, tit.*

(*) *Vicini.* Vicinus potest aquam venientem ex fundo vel tecto vicini, in curtem vel fundum suum retinere et depellere, ne sibi nocest (1).

(*) *Vicino.* Può il vicino ritenere e cacciar fuori l'acqua, che scende dal fondo o dal tetto del vicino nel suo cortile o fondo, affinchè non gli nuocia.

(1) *Paul. de Castr. in l. quoties, l.* 1. *de serv.* *et supra per Bart. Caep. de serv. urban. c.* 11. *n.* 46, *c.* 47. *et seq.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XVII.

a) 1.° È chiaro che io posso arare il mio fondo superiore come meglio mi aggrada senza che il proprietario del fondo inferiore possa proibirmelo o volere che io ne faccia l'aratura in un modo piuttosto che nell'altro quando però non abbia in modo legale acquistato diritto di ciò proibire o volere.

Quindi arando il mio fondo superiore posso formare i solchi e paralelli e perpendicolari ecc. all' altrui fondo inferiore.

E se formandoli o in un modo o nell' altro l' acqua che sta naturalmente nel mio fondo superiore defluisce nell' altrui fondo inferiore, questo per l' articolo 54 della legge 20 aprile 1804 sulle acque è obbligato a riceverla.

Solo formando quei solchi non deggio, come si esprime l' articolo 640 del Codice Napoleone e come sta nella natura delle servitù, rendere più grave la servitù cui è soggetto quel fondo inferiore.

Quindi se avessi formato quei miei solchi in modo da aggravare la condizione di quest' ultimo fondo di più di quello che sarebbe stata aggravata se le acque naturalmente trovantisi nel mio fondo superiore vi avesseró defluito, pure naturalmente per la semplice disposizione del terreno, dovrò come prescrive il suddetto articolo 54 raccogliere la mia acqua in uno scolo o canale e farla per esso defluire nel terreno inferiore.

Dovrò inoltre difendere in ogni caso il fondo inferiore nel quale defluisce e risarcirlo del danno che con quel deflusso gli avessi arrecato.

Quando poi non si tratti di fondo superiore ed inferiore, ma si tratti invece di fondi che sieno allo stesso livello, come di fondi laterali, non è applicabile l' articolo 54 della legge 1804.

Allora come ho osservato nell' annotazione *a* al Capo V del presente Trattato, fuori dei casi ivi accennati ai numeri 2 e 3, il proprietario del fondo nel quale trovasi naturalmente un'acqua non può immetterla nel fondo altrui, nè questo è obbligato a riceverla.

Veggansi del resto le annotazioni al suddetto Capo V.

2.° Nell' annotazione *h* n.° 19 lettera *g* al Capo IV del presente Trattato pagine 955 ho detto che per l' articolo 54 della legge 20 aprile 1804 il fondo inferiore è soggetto in riguardo al fondo più elevato a ricevere l' acqua che in questo *trovasi per effetto di natura e non di opera dell' uomo*, sia poi come ivi ho osservato a pagine 954 che defluisca nel suddetto fondo inferiore naturalmente, ovvero, come opinò il Romagnosi, anche artificialmente.

Da ciò ne viene che quell' articolo 54 non contempla a mio modo di vedere il caso nel quale il fondo superiore avendo raccolto dell' acqua ad uso d' agricoltura o per esercitarvi qualche industria, volesse scaricarla in un fondo inferiore.

Non ne viene però da ciò che il fondo superiore debba tenere in sè quell' acqua e che dopo fattone uso per l' agricoltura o per la industria, non possa scaricarla in un fondo inferiore ed in qualunque altro fondo altrui.

Il fondo superiore in tal caso può farlo, se non per l' articolo 54, certo per gli articoli 52 e 53 della suindicata legge del 1804.

Questi articoli dicono in fatti che chi intende derivare acque ..... per oggetti di agri-

Digitized by Google

coltura o per attivazione di macchine od edificii idraulici, può condurle pel fondo altrui verso pagamento del valore del terreno e verso le altre condizioni in essi portate.

Per l' agricoltura e per la industria, le acque derivate ponno essere dunque condotte pel fondo altrui.

Ora vi vengono condotte, e quando vogliano condursi per l' altrui fondo nel fondo a cui vantaggio vengono adoperate, e quando dopo adoperate vogliasi scaricarle in un fondo altrui per liberarne il proprio.

Ciò trovo di osservare perchè venga tolto ogni dubbio che potesse nascere su quanto ho detto nell' annotazione *h* n.° 19 lettera *g* al Capo IV del presente Trattato nella quale altro non ho voluto, se non che dare a mio modo di vedere la vera spiegazione dell' articolo 54 della legge 20 aprile 1804 relativamente alla sola quistione che ivi ho proposto e cercato di sciogliere.

3.° Al numero 1 della presente annotazione ho parlato dei solchi *aratorii*.

Ora dico alcun che eziandio dei solchi *acquarii*.

Il Romagnosi a pag. 99-101 della edizione del suo Trattato sulla condotta delle acque che ho sovente citata Tomo II dice essere l'uffizio dei solchi acquarii, puramente di scarico, per asciugare i terreni e far decorrere l' acqua piovana sovrabbondante e che nuocerebbe alla vegetazione dei fondi coltivati.

Ora mi sembra che siffatti solchi acquarii possano servire a liberare un fondo da due specie di acqua.

Possono cioè servire a scaricare nell' altrui fondo dal proprio l' acqua che in questo ultimo fondo si trova per effetto di natura e non di opera dell' uomo.

In questo caso parmi ad essi applicabile quanto ho detto pei solchi aratorii al n.° 1 delle presenti annotazioni.

Invece ponno servire a scaricare dal proprio nell' altrui fondo l' acqua condotta dall' uomo in quel primo fondo per oggetti di agricoltura o d' industria.

In questo secondo caso parmi ad essi applicabile quanto ho detto al n.° 2 delle mie annotazioni al presente Capo.

Insomma nel primo caso sarebbe applicabile l' articolo 54 e nel secondo il sarebbero gli articoli 52 e 53 della legge italiana sulle acque del 20 aprile 1804.

Digitized by Google

CAPUT XVIII.

DE SEMINATIONE PLANTARUM.

I. *In fundo suo unicuique seminare herbae, et arbores plantare: vites putare, etc. licitum est.* — II. *Aquaeductus servitutem per fundum tuum ad fundum meum si mihi debeas, non poteris in fundo tuo fodere vel aliud facere per quod aqua corrumpatur.* — III. *Fundi sui in finibus an alicui plantare licitum sit, et si radices in vicini fundum intraverint, vel frondes aut rami procedantur, an vicinus eas propria authoritate incidere valeat.* — IV. *Glans ex arbore tua si in fundum meum ceciderit, an tibi ipsam auferre liceat, et si prohibeam, quo interdicto tenear.* — V. *Glandis appellatione an omnes fructus contineantur.* — VI. *Glandem tuam, quae in fundo meo cadit, si pecus meum comederit, qua actione tenear.* — VII. *Hortum vicinus, qui certo tempore pratum fecerit, assiduaque postea irrigatione vicino nocere coeperit, quid juris.*

I. *Postquam de cultura terrarum dicere incepimus: consequens est ut de seminatione plantarum, putatione et insertione aliqua dicamus.*

Et primo sciendum est regulariter quem posse in fundo suo seminare arbo-

CAPO XVIII.

DELLA SEMINAGIONE DELLE PIANTE.

I. È lecito a chiunque seminar erbe, piantare alberi, potare le viti ecc. nel fondo proprio. — II. Se tu mi devi la servitù d' acquidotto nel tuo fondo a vantaggio del mio, non potrai in esso tuo fondo nè scavare, nè fare altro, per cui l' acqua si corrompa. — III. Se a taluno è permesso piantare ne' confini del tuo fondo, e se le radici sono entrate nel fondo del vicino, o pure in esso si protendono le frondi od i rami, potrà il vicino reciderle di propria autorità? — IV. Se il frutto è caduto dal tuo albero nel mio fondo, ti sarà forse lecito di prenderlo? e se te lo vieto, con quale interdetto sarò io tenuto? — V. Se nel nome di *ghianda* si comprendono tutt' i frutti? — VI. Se il mio bestiame avrà mangiata la ghianda che cadde nel mio fondo, con quale azione sarò tenuto? — VII. Se il vicino aveva un orto, che soleva irrigare in certi tempi e poscia lo mutò in prato, e con una continua irrigazione principiò a recar danno al vicino, che sarà di diritto?

I. Dopochè cominciammo a discorrere della coltivazione dei terreni, è giusto che diciamo alcunchè della seminagione delle piante, e della loro potazione ed inserzione.

E primamente dee sapersi, che di regola ciascuno può seminar erbe, piantar al-

Digitized by Google

II. *Et ideo sequitur ex hoc quod si mihi debes servitutem aquaeductus per fundum tuum ad fundum meum: vel hoc anno duxi aquam per fundum sine vitio, non potes in illo fundo tuo fodere, succidere, putare, aedificare, vel aliud facere per quod aqua inquinetur, vitietur, corrumpatur, deteriorve fiat; et si hoc fiat teneberis interdicto de aqua quotidiana aestiva* (1).

III. *Sed circa plantationem arborum quaeri potest, an sit licitum alicui in suo arbores plantare, et in finibus fundi sui: et si radices intrent fundum vicini, vel frondes aut rami proteuduntur supra fundum vicini, an vicinus possit eas propria authoritate incidere: et si fructus arboris mei ceciderunt in fundum vicini* (2).

IV. *Quibus adde, si glans ex arbore tua in fundum meum cecidit, et extat, licitum est tibi tertio quoque die auferre illam, et si prohibeam, teneor interdicto de glande legenda.*

V. *Et appellatione glandis omnes fructus continentur* (3). *Item si non patior tollere glandem, teneor ad exhibendum, quemadmodum si tuam materiam in agrum meum delatam tibi auferre non patiar* (4).

VI. *Item si immisso pecore depasco glandem tuam, quae in fundo meo cadit, si dolo malo pecus immisi, ut glandem comederet, teneor ad exhibendum* (5) *et etiam actione in factum agere poteris* (6).

VII. *De irrigatione aliquid dicamus, et si vicinus qui hortum solebat certo tempore irrigare, pratum illic fecerit, coepitque assidua irrigatione vicino nocere, ait jurisconsultus neque damni infecti, neque pluviae arcen. eum teneri actione, nisi locum complanaverit, eoque facto cius aqua ad vicinum pervenire coepit* (7); *et hoc intellige secundum gloss. ibi, quando in suo, sed si in alieno aliquid faceret, teneretur,* (8) *et ibi hoc etiam vult gloss.*

(1) *Ut est text. in l. 1. § Labeo putat. ff. de qua quot. et aest.*

(2) *Vide de his omnibus quae plene dixi supra n 1. lib. in tit. de arboribus, et in tit. de serv. ne uminibus officiatur in 4. qu.*

(3) *Ut l. unica et ibi gloss. Bart. Dd. ff. de glan. e. et l. Jul. § glans. § ad exh.*

II. E però segue da ciò, che se tu mi devi la servitù di acquidotto pel tuo fondo al mio, e se in questo anno io condussi acqua pel fondo stesso, tu non puoi in detto tuo fondo scavare, tagliar sotto, potare, fabbricare o fare altro, per cui l' acqua si insozzi, si vizj, si corrompa, o diventi peggiore; e se ciò tu facessi, saresti tenuto con l' interdetto dell' acqua quotidiana ed estiva (*b*).

III. Ma circa la piantagione degli alberi si può dimandare, se sia lecito ad alcuno piantar alberi nel suo fondo e nei confini di esso; e nel caso che le radici di essi penetrino nel fondo del vicino, od i rami o le fronde si protendano sopra di esso, se il vicino possa reciderle di propria autorità; e che sia di diritto, allorchè i frutti del mio albero caddero nel fondo del vicino? Rispondi, come dissi nel lib. I cap. *degli alberi* e delle servitù *di non togliere il lume.*

IV. Alle quali cose aggiungi, che se la ghianda dal tuo albero cadde nel mio fondo e restò, ti è permesso di prenderla entro tre giorni, e se io te lo proibisco, sarò tenuto coll' interdetto *della ghianda da raccogliersi.*

V. E sotto il nome di *ghianda* si comprende ogni frutto. Parimente se non soffro che tu tolga la ghianda, sono tenuto a dimostrare in qual modo e perchè non voglia che tu prenda la cosa tua caduta nel mio campo (*c*).

VI. Del pari, se introdotto il bestiame, lo lascio pascolar la tua ghianda che cadde nel mio fondo, e se dolosamente l' ho introdotto affinchè lo mangi, sono tenuto a dimostrare, ed eziandio tu potrai agire colla azione in fatto (*d*).

VII. Soggiungiamo alcuna cosa circa l' irrigazione. Se il vicino mutò in prato l' orto che soleva irrigare in certi tempi, e cominciò a recar danno al vicino con una irrigazione continua, dice il giureconsulto che non è tenuto nè coll' azione del danno tenuto, nè con quella dell'acqua piovana da allontanarsi, fuorchè allora che avesse spianato il luogo, e conseguentemente l' acqua avesse cominciato a scorrere più velocemente al fondo vicino. Ed intendi, giusta la glossa ciò procedere, quando ha operato nel suo; che se facesse alcun che nell' al-

(4) *D. l. Julianus, § glans.*

(5) *Ut dict. § glans.*

(6) *L. qui servanda, § glans. ff. de praescript. verbis.*

(7) *Ut est text. not. in l. apud Trebatium, § si vicinus, ff. de aqua pluv. arcen.*

(8) *L. si quando in fin. ff. si serv. vend.*

Digitized by Google

Sed Paul. de Castr. intelligit illum § si vicinus non aliter fundum poterat colere: alioqui teneretur (1). *Vel secundum Joan. de Imol.* (2), *intelligitur quod ille qui habet servitutem activam, possit aquam ex fundo vicini ad suum ducere causa irrigandi, et ex quo fuit simpliciter constituta: trahitur etiam ad pratum quod sit in eodem fundo* (3), *nisi locus complanetur, ex quo aqua citius decurrat* (4).

(1) *L. 1. § de opere, de aqua pluv. arcend.*
(2) *Ille § si vicinus.*
(3) *Argum. l. si servitus, ff. de serv. urban. praedior.*

(*) *Plantare.* Servitus altius non tollendi non rumpitur per plantationem arboris: secus vero si in servitute luminibus officiatur (1).

(1) *L. aedificia, et in l. si arbores, in princ. eod. tit.*

trui, sarebbe tenuto. Ma Paolo di Castro intende procedere quel §, se il vicino non altrimenti poteva coltivare quel fondo; in caso diverso, sarebbe tenuto. Oppure, secondo Giovanni da Imola, intendi, che quegli che ha la servitù attiva, può condur l'acqua dal fondo del vicino al proprio per cagione di irrigarlo e perchè fu costituita semplicemente; lo che eziandio si applica rispetto al prato, che fosse nel medesimo fondo, purchè non si spiani il luogo in guisa, che l'acqua scorra più veloce (*e*).

(4) *Ut in fin. illius, § et adde quae plene dixi supra de servit. aquaeduct.*

(*) *Plantare.* La servitù di non levare più in alto non s' interrompe per la piantagione dell'albero; non così per la servitù di non togliere la luce.

ANNOTAZIONI AL CAPO XVIII.

(*a*) In forza della mia proprietà io ho diritto di fare nel mio fondo le cose che qui dice il Cipolla, quando altri non abbia acquistato in modo legale il diritto di proibirmelo.

E se altri arbitrariamente me lo proibisce, ho il diritto di far cessare la proibizione e di farmi risarcire del danno causatomi, agendo contro di lui in giudizio.

(*b*) Le cose qui dette dal Cipolla trovano appoggio nell' articolo 701 del Codice Napoleone pel quale il proprietario del fondo serviente nulla può fare che tenda a scemare l' uso della servitù di acquidotto ad altri spettante su quel fondo od a renderlo più incomodo.

E trovano appoggio nel § 482 del Codice austriaco, pel quale il proprietario di quel fondo dee astenersi da tutto ciò che in forza del suo diritto di proprietà potrebbe fare nel fondo stesso, e che tolga, scemi o renda più incomodo l' uso della servitù di acquidotto ivi ad altri spettante.

E se ciò facesse a danno di tale servitù chi ne ha diritto potrebbe agire in giudizio perchè se ne astenga e lo risarcisca del danno che gli avesse causato.

(*c*) Intorno alle cose qui discorse dal Cipolla nei §§ III-V del presente Capo, ho parlato diffusamente alle annotazioni al Capo LXXXI del Trattato I.

(*d*) Come ho detto nell' annotazione *l* al suddetto Capo pel § 422 del Codice austriaco, se io non taglio i rami dell' albero altrui pendenti sul mio fondo ho diritto di appropriarmene i frutti.

Sicchè essendo essi miei, se li lascio mangiare dal bestiame, nessuna azione ha contro di me il proprietario dell' albero.

In quell' annotazione poi ho detto che le frutta dei rami pendenti sul fondo del padrone dell' albero in regola spettano a lui e che quindi o devo lasciare ch' egli se le raccolga o devo raccoglierle per lui e consegnargliele.

Digitized by Google

Dunque se, invece di ciò fare, li lasciò mangiare dal bestiame deve risarcirlo del danno che fosse provato essergli stato arrecato per mio fatto o per quello delle persone di cui sono garante o dagli animali da me custoditi, o per mia negligenza o per mia imprudenza, come dicono gli articoli 1382-1385 del Codice Napoleone.

(*e*) Ho detto nell' annotazione *h* n.° 19 lettera *c* al Capo IV del Trattato II, che se l' acqua è conceduta o posseduta esclusivamente per irrigare un orto non potrà servire ad irrigare un prato sostituito all' orto, e che potrà servire ad irrigare il prato se non destinata per titolo o per possesso ad irrigare esclusivamente un orto.

Ciò vale tanto se vi abbiano contemporaneamente orto e prato irrigabili, quanto se l' orto venga cangiato in prato.

E nella susseguente annotazione *d* ho detto che se l' acqua che irrighi il mio campo secondo l' articolo 54 (leggasi 52) della legge 20 aprile 1804, discende nel fondo vicino, io deggio per quell' articolo compensare il proprietario del danno previsibile e prevenibile che gli arreca.

Ciò vale nel caso in cui secondo quell' articolo io approfitti del diritto di condurla nel fondo altrui o per irrigare il mio orto od il mio prato, o dopo averli irrigati per liberarli dall' acqua stessa, diritto che mi dà il suddetto art. 52.

Tanto più valer dee, se io non approfitti del diritto di condurla nell'altrui fondo, dopo irrigato il mio orto o prato, e la lasci invece penetrare in quell' altrui fondo da sè.

Digitized by Google

CAPUT XIX.

DE STERQUILINIATIONE.

I. *Sterquiliniatio quid sit, et breviter tota ejus materia remissive.*

I. *De sterquiliniatione vide textum cum glos.* in l. si quando, § fin. et quod ibi not. si servit. vend. *et quae dixi in primo libro* in titu. de sterquiliniatione.

CAPO XIX.

DELLA CONCIMAZIONE.

I. Che cosa sia la concimazione, e brevemente di tutta la sua materia.

I. Intorno alla concimazione vedi il testo colla glossa nella legge *si quando* § *fin. ff. si serv. vind.*, e ciò che dissi nel libro I, rubrica eguale (*a*).

ANNOTAZIONI AL CAPO XIX.

(*a*) Non posso gittare il mio letame sul terreno privato altrui senza averne acquistato diritto od almeno senza averne avuto permesso dal proprietario di esso.

E se l' avessi fatto senza quel diritto o permesso potrei essere obbligato in giudizio a levarnelo, ed a risarcire il danno, se danno col gittarlo fosse stato cagionato.

Del resto, e specialmente in quanto al gittar letame, ch' è una immondezza, su pubblica via o su altro luogo pubblico, veggasi l'annotazione *b* al Capo LXVIII e le annotazioni al Capo LXXVIII del Trattato I.

Digitized by Google

CAPUT XX.

DE MESSE ET VINDEMIA.

I. *Messem vel vindemiam cuilibet domino vel colono in fundo suo facere licet: prohibens autem injuriarum actione tenetur.* — II. *Statuta si dictaverint, ne quis possit vindemiare vel messem facere etiam in suo, nisi certo tempore, vel ut colonus partiarius non possit incidere messem, nisi praesente locatore, vel nisi notificatione sibi facta: quibus servanda essent.* — III. *Fundum alienum an cuilibet ingredi liceat, et uvas vel spicas colligere.*

I. *De messe et vindemia colligenda, dic licitum est cuilibet domino vel colono messem et vindemiam in fundo suo vel sibi locato facere, et pro libito voluntatis: et si ab aliquo prohibeatur, potest agere actione injuriarum* (1), *nisi ex forma statuti vel consuetudinis servaretur contrarium.*

II. *Quaero, in quibusdam locis sunt statuta ne quis possit vindemiare vel messem facere etiam in suo, nisi certo tempore: et ratio statuentium forte fuit, ne ante tempus domini colligerent propria, et postea accusarent saltuarios de damno dato: vel si forte in instrumento locationis contineatur, ut vel colonus, vel partiarius non possit messem incidere, nisi praesente locatore vel saltem nisi prius sibi facta notificatione: quibus casibus conventiones vel statuta servanda essent* (2).

(1) *L. qui pendentem vindemiam, ff. de act. empt. l. injuriarum actio. § si quis me prohibeat, D. de injur.*

CAPO XX.

DELLA MESSE E DELLA VENDEMMIA.

I. È lecito ad ogni proprietario o colono raccoglier le messi e vendemmiare nel suo fondo; e chi lo proibisce è tenuto coll'azione d'ingiuria. — II. In quali casi si debbano osservare quelli statuti, che comandano nessuno poter vendemmiare o raccoglier messi nel proprio, se non in tempi determinati, oppure che il colono parziario non possa tagliare le messi, se non in presenza del locatore, o dopo un avviso datogli. — III. Se a ciascuno sia permesso entrare nel fondo altrui e raccoglier le uve o le spiche.

I. Circa le messi e le vendemmie da raccorsi, di', che è lecito ad ogni proprietario o colono tagliar le messi e fare vendemmia nel fondo proprio od a lui locato, secondo il suo piacimento; e se alcuno glielo proibisce, può agire coll' azione d' ingiurie, purchè per legge di statuto o per consuetudine non si osservi l' opposto (*a*).

II. Dimando poi: in certi luoghi vigono statuti, che nessuno possa vendemmiare o raccogliere messi nel proprio, se non in tempi determinati; e la ragione di tali prescrizioni forse fu quella, che i padroni non raccogliessero innanzi tempo, e poscia accusassero i guardiani di danno loro arrecato; oppure perchè nell' istrumento di locazione è detto, che il colono o parziario non possa recider le messi se non in presenza del locatore, o se prima almeno non lo abbia avvertito; in quali casi sì fatte convenzioni o statuti si dovrebbero osservare? Vedilo nei testi (*b*).

(2) *L. omnes populi, de just. et jure et l. 1. D. deposit.*

Digitized by Google

III. *Sed nunquid sit licitum cuilibet ingredi fundum alienum, et uvas colligere vel spicas? dic quod de jure licitum est comedere, et non exportare, et conterere spicas, sed non mittere falcem* (1), *et communiter sunt statuta providentia circa hoc, et de consuetudine servatur etiam illud jus divinum, veruntamen si antequam quis ingrediatur fundum alienum, prohibeatur a domino, ingredi non poterit* (2), *et propterea dicitur d. c. omnes leges, ire per agrum alienum fas est, jus non est, id est, fas est domino non prohibente, jus non est prohibente domino* (3).

(1) *De cons. d. v. stipulas, et not. gloss. 1. omnes leges, in vers. fas est.*

(2) *L. injuriarum actio. § fin. D. de injur. et l. divus, D. de serv. rust. praed.*

III. Ma forse è lecito a chiunque lo entrare nell' altrui fondo, e raccoglier le uve o le spiche? Rispondi, che di diritto è lecito mangiare sul luogo, ma non portar via, e tritare le spiche, ma non metter la falce; e comunemente vi sono statuti intorno a ciò; e per consuetudine ancora si osserva il diritto divino. Tuttavolta se prima che alcuno entri nel fondo altrui, il padrone glielo proibisce, non potrà più entrare; e però si dice, che passare per l' altrui campo è permesso, ma non è diritto, cioè, è permesso qualora il padrone non lo proibisca, e non è diritto, qualora lo proibisca (*c*).

(3) *Tit. ibi not. et adde quae dixi supra de servit. itiner. in penult. quaest. princ. et vide text. cum gloss. in l. per agrum, C. de servit.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XX.

(*a*) Nessun privato può proibirmi di sua autorità di tagliare le messi o di far vendemmia nel fondo o di mia proprietà o a me locato: e se crede di aver diritto di farlo, agir dee contro me in giudizio.

Ma se di sua autorità volesse farlo, e cominciasse coi fatti ad impedirmelo io pel § 344 del Codice sustriaco potrei oppormivi di mia autorità quando tardi fosse per giungere il soccorso del giudice.

In ogni altro caso dovrei agire in giudizio per reprimere il fatto altrui e per farmi risarcire il danno che me ne fosse derivato.

Quell' impedimento da altri a me frapposto potrebbe vestire anche il carattere di pubblica violenza nel caso del § 83 del Codice penale del 1852.

Veggasi del resto quanto sul farsi giustizia da sè ho detto nell' annotazione *g* in principio al Capo XXX del I Trattato.

(*b*) La pubblica autorità per riguardi specialmente di salute pubblica può stabilire il tempo della ricolta delle messi e della vendemmia.

In quanto a questa ultima una Circolare del Governo di Venezia del 2 settembre 1816 n.° 32434 prescrisse che in ogni Comune secondo la sua posizione topografica ne venisse stabilita l' epoca e ne venissero avvertiti i villici.

Quell' autorità può anche stabilir pene pel caso di violazione del divieto di raccogliere le messi o di vendemmiare prima del tempo da essa fissato.

(*c*) Nessuno può senza diritto raccogliere spiche nel mio fondo o raccogliervi o mangiarvi uva quando almeno non gliel' abbia permesso.

In alcuni paesi vige la consuetudine essere ad altri permesso dopo raccolti i grani, di levare le spiche rimaste sul campo e dopo finita la vendemmia di raccogliere l' uva abbandonata sui tralci delle viti.

Dove vige quella consuetudine nessuno pensa di opporvisi.

Digitized by Google

CAPUT XXI.

DE AUCUPATIONE.

I. *Aucupari, vel venari in fundo alieno licitum t, et de consuetudine usurpatur: si tamen domi- us volentem ingredi fundum suum causa venandi, l aucupandi prohibeat, non erit ei licitum.* — II. *enando vel aucupando in fundo alieno si quispiam iquid ceperit, an domino fundi restituere tenea- r.* — III. *Venator an in fundo retineri possit: ut ddat quod percepit.* — IV. *Bestia fera si in laqueo ieno reperiatur, an aucupantis erit.* — V. *Bestiam ram si unus vulneret, et alius capiat, cujus erit.* VI. *Lupus, vel milous, vel accipiter, vel canis si caperit avem, vel pecudem, vel aliud animal unius, quidam tertius surripuerit de ore lupi, milvi, cipitris, vel canis: an priori domino id quod ce- perit restituere teneatur.* — VII. *Accipitrem vel leonem cum sonaleis argenteis in pedibus junctis quispiam acceperit: an priori domino restituere neatur.* — VIII. *Retia seu laqueos tendere: aut cuilibet alia instrumenta ad capiendas venationes licitum sit.* — IX. *Nobiles et milites priviligiati nt, ut cum canibus et avibus venentur.* — X. *Ve- ri cum armis an licitum sit.* — XI. *Venatio cle- cis et monachis an et quando licita sit.* — XII. *ssas aprorum, ursorumve capiendorum causa fa- re, an licitum sit.* — XIII. *Fossata sive fossae, ae sunt inter viam publicam et fundum priva- m, cujus esse debeant.* — XIV. *Sepes in finibus ndi sui an facere licitum sit.*

I. *Aucupari autem, vel venari in fun- alieno licitum est, et de consuetudine urpatur: si tamen dominus volentem gredi fundum suum causa venandi, vel cupandi prohibeat, non erit ei lici- m* (1).

II. *Sed quid si unus in alieno venando*

(1) *Ut est casus in d. l. injuriarum, § fin. et l. divus cum gl. et l. 3. §. 1. vers. plane, ff. de aeq. rer. dom. et Inst. de rer. div. § ferae ver. plane.*

CAPO XXI.

DELLA UCCELLAGIONE E CACCIAGIONE.

I. È lecito uccellare e cacciare nel fondo altrui, e per consuetudine si usurpa tale facoltà; nondimeno se il proprietario proibisca di ciò fare a chi vuole entrare nel suo fondo per motivo di uccellagione o di caccia, non gli sarà più lecito di farlo. — II. Se alcuno uccellando o cacciando prese alcunchè nel fondo altrui, è forse tenuto a restituirlo al proprietario di questo? — III. Se si possa trattenere il cacciatore nel fondo affinchè restituisca ciò che prese. — IV. Se la belva feroce che si trova presa nel laccio, appartenga al cacciatore. — V. Di chi sarà la belva feroce ch' è ferita da uno e presa da un altro? — VI. Se un lupo, un nibbio, uno sparviere od un cane avrà preso un uccello, una pecora od altro animale di un tale, e se un terzo lo avrà tolto di bocca al lupo, al nibbio, allo sparviere od al cane, sarà egli tenuto a restituirlo al primiero padrone? — VII. Se qualora taluno abbia preso uno sparviere od un falcone coi sonagli d'argento e coi piedi legati, sia tenuto a restituirlo al primo padrone. — VIII. Se sia lecito tendere reti o lacci od altri strumenti per uccellare o cacciare. — IX. I nobili ed i soldati hanno privilegio di cacciare con cani ed uccelli. — X. Se sia lecito cacciare con armi. — XI. Se e quando sia permesso a' preti ed ai monaci di cacciare. — XII. Se sia lecito scavar fossi per prendere cinghiali od orsi. — XIII. A chi debbano appartenere i fossati o le fosse che sono tra la strada pubblica ed il fondo privato. — XIV. Se sia permesso far siepi sui confini del proprio fondo.

I. È poi lecito uccellare o cacciare nell'altrui fondo, e per consuetudine si usurpa tale facoltà. Nondimeno se il proprietario lo proibisce a chi vuole entrare nel suo fondo per sì fatto scopo, non sarà più lecito a questi di uccellare o cacciare in esso (*a*).

II. Ma che di diritto, se uno, uccellando

Digitized by Google

vel aucupando aliquid cepit, an teneatur restituere domino fundi? gloss. format istam quaestionem (1) *et ibi format quod non* (2); *tenet contrarium, sed communiter primae gloss. tenentur, et dicit Ang.* (3) *quod gaudent nobiles et principes, quod possint venari in fundo alieno. Et est ratio, quia solus ingressus est prohibitus, non captura* (4). *Aliqui concordant dictas gl.* (5) *procedat in casibus post prohibitionem. Sed dicit Flo.* (6), *quod ista concordia non est tuta: quia privati prohibitio non impedit translationem dominii* (7), *aliter concordat, videlicet aut fundus consistebat in venatione, vel aucupatione: tunc si quis ibi venetur, vel aucupetur domino prohibente, non facit captum suum, ita intelligatur* (8). *Aut non consistebat in venatione vel aucupatione: et tunc captum efficitur capientis, et ita procedant aliae gloss. contrariae, pro hoc allegat* (9) *et per illa duo jura apparet, quando venatio sit in fructu et debeatur usufructuario.*

III. *Sed insurgit aliud dubium circa praedicta, an possit venator adhuc in fundo retineri, ut reddat quod percepit? Et gloss.* (10) *videtur sentire quod sic, gloss.* (11) *dicit quod non* (12), *sed aget actione injuriarum, si intravit eo prohibente* (13) *et ista opin. est vera, quam tenent Cyn., Bart.* (14) *et Ang. qui dicit hoc esse not. quia jam vidit de facto in persona unius nobilis de Odonibus de Perusio, qui pro apris et capreolis nemus alienum intravit domino prohibente, et multas venationes cepit: omnis enim venatio pertinet ad eum, et nulla violentia per dominum fieri potest: sed tantummodo actione injuriarum contra eum agi poterit. Adde tamen*

o cacciando nell' altrui fondo, prese alcunchè? è egli forse obbligato a restituirlo al padrone del fondo? La glossa forma tale questione, e risponde che no. Ma in altro luogo sentenzia diversamente. Però la prima opinione è comunemente ricevuta, e dice Angelo, che i nobili ed i principi hanno privilegio di poter cacciare nel fondo altrui. E la ragione è questa: ch' è proibito il solo ingresso, ma non la presura. Altri accordano le due opinioni in guisa, che la prima proceda ne' casi posteriori alla proibizione. Ma dice Floriano, che sì fatto accordo non è sicuro, perchè la proibizione d' un privato non impedisce il trasferimanto del dominio, e però le concorda altrimenti, dicendo: od il fondo è destinato alla uccellagione od alla caccia, ed allora se alcuno ivi caccia od uccella contro il volere del proprietario, non fa suo ciò che prende. O non è destinato a tale scopo, ed allora il preso diventa proprio del cacciatore; ed in tal modo procedono anche le glosse opposte, e si osservano i testi, pei quali apparisce, che la caccia consiste nel frutto, ed appartiene all' usufruttuario (*b*).

III. Ma insorge un altro dubbio intorno alle predette cose, cioè, se il cacciatore possa essere ritenuto nel fondo onde restituisca ciò che prese. Ed una glossa sembra dire che sì, ed un' altra che no, e che il proprietario può agire coll' azione di ingiurie se il cacciatore entrò in onta alla sua opposizione. E questa è la vera opinione seguita da Cino, da Bartolo e da Angelo; il quale dice esser questo un notabile, attesochè egli vide di fatto ciò verificarsi nella persona di un nobile della famiglia degli Oddoni di Perugia, il quale entrò in un bosco di altrui proprietà per cacciar cinghiali e capriuoli in onta al divieto del padrone, e fece molta preda; imperocchè tutta la preda appartiene al cacciatore, e niuna violenza può essergli fatta dal proprietario; ma soltanto potrà agire contro di lui coll' azione d' ingiurie. Arroge tuttavia, che il pa-

(1) *In d. l. divus.*
(2) *Per text. in d. § ferae, et l. fin. § sed. cum*

(9) *L. venationes, ff. de usucap. et l. usufructuarium, ff. de usufructu.*

Digitized by Google

quod dominus poterit volenti ingredi fundum manu resistere (1).

IV. *Sed si fera bestia reperiatur in laqueo alieno? dic quod erit occupantis* (2). *Et ideo quod laqueo meo detinetur, non efficitur meum: nisi illud manu capiam* (3): *in his tamen servanda est consuetudo loci, vel statuti, si reperitur: aliter tenendum est quod supra dixi. Quia diximus quem posse ingredi fundum alienum, maxime causa venandi, et aucupandi: quaero an hoc possit jure servitutis, vel jure cuiusdam facultatis a jure communi concessae? dic, quod jure facultatis potest ingredi: et propter hoc licet quis pluries iverit per fundum alienum: non tamen censetur ivisse jure servitutis, nisi iverit per 30 dies infra annum, et semper potest prohiberi ne vadat: sed postquam ivit per 30 dies, censetur esse quasi in possessione servitutis, in qua est defendendus* (4) *quousque actum fuerit confessoria vel negatoria* (5). *Sed in his quae non solent competere jure facultatis, sufficit semel aliquid fuisse gestum sciente et patiente domino, ut dicatur esse in quasi possessione servitutis* (6): *et ita vult Paul. de Castr.* (7).

V. *Quid si quis vulnerat feram bestiam, et alius capit, cuius debet esse? dic capientis* (8).

VI. *Est quaestio quotidiana, si lupus, vel milvus, vel accipiter, vel canis accepit avem, vel pecudem, vel aliud animal unius: et quidam tertius accepit seu arripuit de canib. vel de ore lupi aut milvi etc. an teneatur restituere id, quod recuperavit priori domino? dic quod sic* (9).

VII. *Sed pone aliam question. pulchram: quidam accepit accipitrem, vel falconem cum sonaleis argenteis in pedibus junctis, an teneatur restituere priori domino? Vide consilium Bart. quod incipit, omnimodo cum fuisset venatum, alias dicitur tractatus de falcone editus per Bart. quem habeo in consiliis*, consil. 111, ubi plene vide.

drone potrà opporsi colla forza a chi volesse entrare nel suo fondo (*c*).

IV. Ma se una belva feroce si trovasse presa nel laccio? Rispondi, che sarà di chi la occupa. E però ciò che è preso nel mio laccio non diventa mio, se non quando lo pigli con la mano. In queste cose tuttavolta è da osservarsi la consuetudine del luogo, e lo statuto, se esiste; altrimenti deve seguirsi ciò che dissi più sopra. E poichè dicemmo, che alcuno può entrare nel fondo altrui, massimamente a cagione di caccia e di uccellagione, dimando, se ciò si possa fare per diritto di servitù o di qualche facoltà concessa dal diritto comune? Rispondi, che si può entrare per diritto di facoltà; e per ciò, sebbene alcuno sia passato più volte pel fondo altrui, nondimeno non si tiene esser passato per diritto di servitù, se non è passato per 30 giorni in un anno, e sempre gli può esser proibito di andarvi; ma dopochè passò per 30 giorni, si considera essere in quasi possesso della servitù, nella quale si deve mantenere fino a che sia promossa la azione confessoria o negatoria. Ma in quelle cose, che non sogliono competere per diritto di facoltà, basta che una sola volta almeno sia passato con scienza e pazienza del padrone, perchè si dice essere in quasi possesso della servitù; e così pensa anche Paolo di Castro (*d*).

V. Che di diritto, se alcuno ferisce una bestia feroce, ed un altro la prende? di chi sarà? Rispondi, di chi la piglia (*e*).

VI. Ecco una questione quotidiana. Se un lupo, un nibbio, uno sparviero od un cane prese un uccello, una pecora, od altro animale di alcuno, ed un terzo tolse o strappò di bocca a' cani od al lupo od al nibbio la preda, è tenuto forse a restituir questa al primiero padrone? Rispondi, che sì (*f*).

VII. Ma ecco un' altra bella quistione. Taluno prese uno sparviero o falcone coi sonagli d' argento legati a' piedi; è obbligato forse a restituirlo al primiero padrone? Vedi il consiglio di Bartolo, che comincia: *omnimodo ecc.*, il quale altrimenti si dice *trattato del falcone* (*g*), cons. 111, ove la materia è trattata ampiamente.

Digitized by Google

VIII. *Nunquid autem sit licitum tendere retia seu laqueos, aut alia quaelibet instrumenta ad capiendas venationes? dic quod non: nisi ad ursos, apros et lupos capiendos* (1): *qui text. variis modis intelligitur. Nam quidam intelligunt solum in possessionibus Imperatoris* (2). *Sed ista lectura notabiliter refutatur* (3).

VIII. È poi lecito tendere reti o lacci od altri strumenti per uccellare o cacciare? Rispondi che no, se non per prendere orsi, lupi o cinghiali, giusta il testo del capo *nemo etiam, tit. de pace tenenda in usib. feudorum*, il quale è inteso in varie maniere. Imperocchè alcuni intendono soltanto nelle possessioni dell' imperatore; ma questa lezione è rifiutata.

IX. *Tertio modo alii intelligunt, quod Imperator hoc statuit, et sit privilegium militis, et nobilium, qui cum canibus et avibus venantur, ut tales habeant salarium: et inferiores rustici non possint venari, nisi ad apros, ursos, etc. sicuti sunt statuta Ferrariae. Sed non congruit tit. contra* l. imperatores, ff. de in diem addic., *ideo et Jaco. de Alva. dat quartum intellectum: quia multoties ex talibus venationibus factis in alieno, domino prohibente, oriuntur rixae et injuriae: quia armata manu dominus volentes ingredi potest prohibere* (4): *ex quib. de facili potuisset perveniri ad violationem pacis, de qua loquitur ille* (5); *ideo Imperator prohibet expresse, ut nemo in alienis agris possit venari invito domino: nisi ad apros, ursos, etc. quasi velit, quod si quis contra faciat debeat puniri, tanquam turbator pacis* (6).

IX. Altri lo interpretano in un terzo modo, cioè, che l' imperatore ordinò così, e che sia privilegio dei militi e dei nobili, i quali cacciano con cani ed uccelli, onde alcuni abbiano un salario, e che i rustici inferiori non possano far caccia se non di cinghiali, di orsi ecc., come prescrivono gli statuti di Ferrara. Ma questa interpretazione non si affà al testo della legge *imperatores ff. de in diem add.*; e però Giacomo degli Alvarotti ne dà una quarta, che, cioè, molte volte da queste caccie fatte nell' altrui, con proibizione del proprietario, nascono risse ed offese, perchè il padrone può a mano armata vietare l' entrata a' cacciatori; per la qual cosa facilmente potrebbe esser violata la pace, di cui tratta il titolo predetto; e però l' imperatore comanda espressamente, che nessuno possa cacciare negli altrui campi contro volontà del padrone, se non per prender cinghiali, orsi ecc. quasi volendo dire, che se alcuno trasgredisca, debba esser punito, come turbatore della pace.

X. *Potest etiam quinto modo intelligi* d. §. *Quia in ca. praec. induxerat Imperator prohibitionem armorum: et quia in venationibus portantur arma, dubitabatur, an sit licitum venari cum armis, et dicit quod non, nisi ad ista animalia periculosa: et quicquid dicat de laqueo et reti: tamen intelligas quod in praedictis venationibus sunt necessaria arma, et hoc videtur sentire Jacob. de Ardezone de Verona* (7) *tu autem conjungas quartum et quintum intellectum, et habebis veritatem.*

X. Il detto capo può eziandio essere inteso in una quinta maniera, perchè nel capo anteriore l' imperatore avea proibite le armi, e siccome nelle caccie si portano armi, si dubitava se fosse lecito cacciare con esse; ed egli risponde che non lo è, se non per uccidere animali pericolosi; e checchè si dica di laccio e di reti, tuttavolta intendi che in tali caccie le armi sono necessarie, come sembra opinare Jacopo di Ardizzone veronese. Tu poi unisci insieme la quarta e la quinta interpretazione, ed avrai la verità (*h*).

XI. *Quotupl. autem sit venatio* (*), *et an, et quando sit licita maxime clericis et mo-*

XI. Di quante specie sia la caccia (*), e se, e quando sia permessa specialmente

Digitized by Google

sanctum aliquem venatorem, piscatores invenimus sanctos: ut dicit beatus Hieronym. (1); *tamen non allegat dicta jura, et ratio ponitur per gloss.* (2) *quia venatio sit cum clamore, et majori delectatione, quam fiat piscatio, ideo est prohibita: et proprer hanc delectationem, nunquam venatoribus fuit concessa immunitas patrimoniorum* (3).

XII. *Convenit etiam ex praedictis quaerere, an sit licitum fossas aprorum ursorumve capiendorum causa facere vel laqueos ponere? et dic si in itineribus fiunt, in eisque bos, vel aliud animal ceciderit, factumque deterius est: vel laquei ponuntur in loco publico, et pecus tuum in eos inciderit, potes agere contra facientes foveas, vel laqueos ponentes* (4), *nisi denunciassent prius domino, vel nisi praedicta fuerint in locis, ubi fieri solent* (5): *ubi etiam posui cujus sint foveae, quae sunt inter duos vicinos* (6).

XIII. *Cujus autem sint fossata, sive fossae quae sunt inter viam public. et fundum privatum* (7), *et ibi etiam posuit quis sit usus fossarum, et an, et quando fossae debeant mensurari cum agro vendito: et an sit licitum facere fossas, ex quibus aqua pluv. noceat* (8).

XIV. *Et adde quae dixi supra de irrigatione, de sepibus, an sit licitum eas facere in finibus fundi sui, dic quod sic* (9).

(1) *In Psal.* 82. *et habetur distinct.* 86. *c. Esau. et distinct.* 54. *c. quorumdam,* et nota Angel. *in l. divus ff. de serv. rust. praed.*

(2) *In d. c. Esau.*

(3) *Text. est in l. venatoribus, C. de excu. mu. lib.* 10. *et not. Ang. in d. l. divus ultim.* De materia venationis et aucupationis, *vide in d. c. qui venatoribus, et ibi gloss. magistra. in d. c. Esau. ne cler. vel mon. d. c.* 1. *et cler. ne in agro.* § *porro. et ibi gloss. et Dd. de sta. mon. et l.* 1. *C. de vena. ferarum, lib.* 11. *et per Joan. in summa, in rubric. de vena. et per Hostiens. in summa de causa poss. et proprie,* § 1. *et aliis locis supra allegatis.*

(4) *L. Aquil.*

(5) *Ut est text. in l. qui foveas, cum l. sequent. quae incipit, quemadmodum in princ. et ibi Dd. ff. ad leg. Aquil. de foveis vide quae dixi supra in* 1. *lib. de fovea.*

(6) *Vide l.* 2. *praeterea, et ibi nota. ff. de aqua pluv. arcend.*

(7) *Vide per Barthol. in suo tractat. Tyberiadis, in prima parte, de alluvione, in tertia et septima colum. et Bald. in l. riparum in prima colum. in fin. et in fin. et in l. item lapilli in secunda conclusione, ff. de rer. divis.*

(8) *L. vicinus,* § 1. *vers. sed si fossas, ff. de aqua pluv. arcend.*

(9) *L. fin. quae incipit, si quis sepem, et ibi not. ff. fini. regun.*

(*) *Venatio.* Venatio dicitur ars nequissima. *Dist.* 86. *c. qui venatoribus.*

(**) *Licita.* Venatio prohibita est tempore quadragesimae et diebus jejuniorum. *Gloss.* 86. *distinct. qui venatoribus.*

troviamo affatto alcun cacciatore santo, si troviamo invece santi pescatori, come dice il beato Girolamo. E la ragione è posta nella glossa, cioè, che la caccia si fa con susurro e con maggiore diletto, che non si faccia la pesca, e però viene proibita; ed a cagione appunto di tale diletto, non fu mai concessa a' cacciatori la immunità dei patrimoni (*i*).

XII. È conveniente eziandio per le predette cose ricercare, se sia lecito scavar fosse o porre lacci allo scopo di prendere orsi o cignali? Rispondi: se le fosse si fanno sui passaggi, ed in esse sia caduto un bue od altro animale, ed abbia ricevuto danno; o se i lacci si pongono nel luogo pubblico, ed una pecora sia in essi caduta, potrai agire coll' azione della legge Aquilia contro quelli che fecer le fosse o posero i lacci, se non avessero prima di ciò avvertito il padrone, o se i detti fossi o lacci non fossero posti in siti, ove si costumano mettere o fare (*k*).

XIII. Di chi poi sieno i fossati o le fosse, che stanno fra la strada pubblica ed il fondo privato, vedilo in Bartolo ed in Baldo, il quale tratta eziandio di chi fa uso delle fosse, se e quando le fosse si debbano misurare col campo venduto, e se sia lecito scavar fossi, dai quali possa l' acqua piovana scendere e danneggiare (*l*).

XIV. Ed aggiungi ciò, che ho detto circa l' irrigazione e le siepi. È poi permesso di piantar siepi nei confini del proprio fondo? Rispondi che sì (*m*).

(*) *Caccia.* La caccia si dice essere un'arte cattivissima.

(**) *Lecito.* La caccia è proibita nel tempo di quadragesima e nel giorni di digiuno.

Digitized by Google

Le leggi politiche relative alla caccia, vigenti nel Regno lombardo veneto furono raccolte dal Consigliere Giordani nel suo Prontuario delle leggi relative al Codice civile austriaco Volume I Tipografia Naratovich in Venezia 1857 pagine 6-11, 288 e 343, e la principalissima fra esse si è quella del 21 settembre 1805.

Da queste leggi principalmente si raccoglie:

1.° Essere a tutti vietata la caccia senza licenza del Governo e senza pagamento di tasse, meno che agli uffiziali dell' I. R. Esercito ai quali è permessa senza tassa e licenza, alle condizioni portate dalla Circolare del Governo militare del Regno 22 gennajo 1852 n.° 52.

La licenza non vale che dal 20 luglio all' 8 aprile successivo, sicchè ogni sorta di caccia, meno quella di cui parlerò al n.° 8, è proibita dal 7 aprile al 19 luglio di ogni anno.

2.° Volervi il permesso del proprietario oltre la licenza del Governo, per tutti i modi di caccia ch' esigono qualche opera di adattamento sul fondo, od alle piante altrui.

3.° Essere escluse da ogni licenza le cacce col mezzo di paste o sementi atte ad avvelenare, quelle delle lepri quando il terreno è ricoperto di neve, e per l' articolo 9 del decreto 13 febbrajo 1804 la caccia generale a *restello* nei boschi e nelle campagne.

4.° Essere pure esclusa da ogni licenza la caccia nei fondi altrui chiusi o nelle parti dei non chiusi in cui esistono seminati o frutti danneggiabili dal passaggio dei cacciatori o dei cani.

5.° A tale oggetto è ritenuto fondo chiuso quello soltanto ch'è cinto da ogni parte con tali ripari che manifestamente mostrino la intenzione del proprietario di impedirne costantemente l' ingresso non solo alle bestie ma anche alle persone.

Nel caso di violazione di recinti non si agisce se non per denuncia davanti all' autorità penale ed è proibita come contravvenzione, in tale riguardo, ogni via di fatto.

6.° Pel vicereale Decreto 26 settembre 1830 n.° 8879 è permessa in tutto il Regno la caccia dei cervi, dei daini, delle camozze e dei caprioli alle condizioni ivi portate di licenza, e di non far uso di lacci, ferri ed altri pericolosi ordigni, sotto le penalità del § 183 della parte II del Codice penale del 1803 ed ora del § 431 del nuovo Codice penale, essendo però proibita nelle valli e nei boschi del Ticino, la cui caccia continua ad essere riservata al Sovrano.

7.° Per l' Aulico Decreto 18 marzo 1830 è permessa dopo settembre nei campi la caccia con cani da corso verso speciale licenza esprimente, che quella caccia non possa esercitarsi da più di due persone unite aventi la stessa licenza nè con più di due cani.

8.° I cacciatori che girano coll' archibugio o con altri ordigni deggiono tenersi lontani almeno 150 passi dai roccoli, dalle passate ed alle altre cacce di reti collocate con preparazione di sito, quando il proprietario è in attualità di caccia colle medesime.

9.° La caccia nei tempi anco proibiti permessa senza licenza del Governo si limita alla uccisione dei lupi, delle volpi e di simili specie di animali perniciosi, come orsi ed altre bestie feroci, ma pel § 8 delle istruzioni annesse alla Circolare del Governo di Venezia del 19 settembre 1823 n.° 13193 non si estende agli storni, ai passeri e ad altri uccelli che ponno nuocere soltanto ai seminati.

10.° È aperta l' azione civile per riparazione dei danni causati all'altrui proprietà o frutti pendenti da un cacciatore se anche munito di licenza del Governo, e tale azione si prescrive secondo il § 1489 del Codice civile austriaco.

11.° L' autorità giudiziaria è competente a conoscere delle contravvenzioni finanziarie sulla caccia, le quali ove si tratti del solo conseguimento della multa si prescrivono dopo 6 mesi dal dì della fatta invenzione quando in quel tempo la relativa azione non sia stata fatta valere in giudizio.

Digitized by Google

Per la semplice violazione di recinti l'azione correzionale si prescrive per l'articolo 22 del suddetto decreto entro 15 giorni dalla commessa contravvenzione.

In presente si prescriverebbe nello stesso periodo come contravvenzione e se vi fosse crimine di pubblica violenza nel termine stabilito dal Codice penale del 1852.

Esposte così le disposizioni di legge che intorno alla caccia ed alla uccellagione mi sembrano vigenti nel Regno lombardo veneto, rispondo alla prima domanda fatta dal Cipolla, se cioè sia lecito cacciare od uccellare nell'altrui fondo e se il proprietario di questo possa proibirlo.

Rispondo cioè che a quegli che caccia od uccella con licenza ov' essa è prescritta, ed anche senza licenza quando ne sia per legge esentato, e che caccia, od uccella, senza che vi osti proibizione legale o di tempo, o di luogo, o di mezzi materiali onde cacciare od uccellare, o finalmente di specie di animali, può farlo nell'altrui fondo ed il proprietario non può proibirlo, nemmeno quando non vi abbia propriamente la servitù che il § 477 n.° 5 del Codice austriaco chiama servitù di caccia e di uccellagione.

(*b*) Quando alcuno cacci od uccelli nell' altrui fondo, dirò legalmente, vale a dire colla condizione della licenza ove questa sia prescritta e senza che vi ostino le proibizioni di cui ho fatto cenno alla lettera *a*, parmi certo che non sia obbligato a dare al padrone del fondo stesso il prodotto della sua caccia od uccellagione, che mediante la occupazione, come specialmente vedesi dal § 383 del Codice austriaco, diventa sua proprietà.

Qui naturalmente parlo degli animali selvatici (*bestiae ferae*), che sono quelle che fuggono la presenza dell' uomo, e che anche presi cercano di riacquistare la loro naturale libertà, e che soli sono oggetto di libera occupazione, sieno poi feroci o non feroci, e quindi di caccia o di uccellagione.

E non parlo degli animali mansueti, cioè di quelli la cui specie intiera sta coll'uomo, nè dei mansuefatti, vale a dire di quelli che sebbene selvatici per natura, pure per esserne educati stanno coll' uomo, e che allontanatisi da esso talora vi ritornano, perchè secondo il Codice austriaco essi non sono oggetto di occupazione se non nei casi del § 354 del suddetto Codice, e perchè mi pare veramente che la loro presa non possa chiamarsi caccia, essendo questa la presa dei soli animali selvatici, feroci o non feroci.

Quando taluno invece cacci od uccelli nel fondo altrui non legalmente ma dirò illegalmente, non trovo nelle leggi politiche sulla caccia che l'animale cacciato od uccellato sia confiscato a favore della Finanza.

Ora se non ha luogo la confisca di esso resta a vedersi se la proprietà ne spetti allo illegale cacciatore od uccellatore o al proprietario del fondo su cui ebbe luogo la caccia o la uccellagione.

Non mi sembra che quella proprietà spettar possa all' illegale cacciatore perchè non mi pare che da una sua azione illegale nascer possa un diritto legale qual è quello della proprietà stessa.

Mi sembra invece che quella proprietà spetti al proprietario del fondo su cui ebbe luogo la caccia o la uccellagione.

Lo argomento per le leggi austriache, specialmense pel § 174 del Codice penale del 1852.

Per quel § infatti combinato coll'altro § 171 è furto il togliere il selvaggiume da un bosco circoncinto od il toglierlo da qualunque altro fondo altrui che non sia bosco circoncinto, quando venga tolto con singolare temerità o da chi di tali furti si faccia quasi ordinario mestiere.

Se è dunque furto, date certe condizioni, quello del selvaggiume nel fondo altrui, ciò vuol dire che quel selvaggiume è in generale appartenenza del proprietario di quel fondo.

E se è così appartenenza di quel proprietario, parmi venirne di necessaria conseguenza che il selvaggiume illegalmente in quel fondo cacciato debba dal cacciatore od uccellatore essere restituito al proprietario stesso.

Non mi pare poi che appartenga e che debba essere consegnato allo Stato a titolo di proprietà, come per quel che ho detto di sopra nol sarebbe a titolo di confisca alla Finanza.

In fatti sia pure per sua natura il diritto di caccia e di uccellagione un diritto regale come sembra opinare il Winiwarter nel suo commento al § 383 del Codice austriaco, pare che a quella regalia lo Stato abbia rinunciato, sia col concederla a singole persone priva-

Digitized by Google

te annettendola ai loro fondi, sia col permettere a tutti i membri dello Stato, sotto certe condizioni, l' esercizio di quel diritto.

Ripeto poi essere permessa a chiunque senza licenza anche nei tempi proibiti la uccisione dei lupi, delle volpi, e di altri animali perniciosi di simile specie come orsi ed altre bestie feroci, e quindi non potersi essa considerar mai come caccia illegale.

(*c*) 1.° Se la caccia o la uccellagione sono legali è chiaro che quegli che le ha esercitate non può essere fermato nel fondo altrui perchè restituisca quanto prese, e che come cosa sua non dee restituire.

Nemmeno se la caccia o la uccellagione fossero illegali.

Per fargli in quest' ultimo caso restituire quello che prese nel fondo altrui e che restituire non voglia e per la eventuale riparazione di danni causati, non vedrei aperta al proprietario del fondo se non la via giudiziaria.

2.° Ove la caccia o la uccellagione sieno legali, nel senso che le leggi concedano a chi sotto ogni altro riguardo legalmente le esercita, di entrare per cacciare ed uccellare nel fondo altrui anche senza il permesso del proprietario, parmi che questo, in generale, e quando non abbia acquistato per titolo secondo il Codice Napoleone ed austriaco, od anche pel solo possesso secondo quest' ultimo Codice diritto di proibirglielo, non possa impedirgli di entrare in quel suo fondo.

Ove invece la caccia, o la uccellagione sieno illegali nel senso che le leggi proibiscano a chi le esercita di entrare per cacciare od uccellare nel fondo altrui od assolutamente, o soltanto senza il permesso del proprietario, osservo quanto appresso.

Nel solo caso in cui si tratti di violazione di recinti ossia di fondo chiuso, è proibita come ho detto ai n. 4 e 12 dell' annotazione *a* al presente Capo al proprietario del fondo ogni via di fatto, e dee agire per denuncia dinnanzi alla competente autorità giudiziaria penale.

Pare quindi che quel proprietario non possa impedire con vie di fatto e colla propria forza privata al cacciatore od uccellatore l' ingresso nel suddetto recinto o fondo chiuso.

In tutti gli altri casi, quel solo eccettuato del recinto o fondo chiuso, non trovo speciali disposizioni di legge.

Deesi dunque ricorrere alle generali disposizioni di essa legge.

Quindi in ognuno di questi casi, sia poi l' entrare nel fondo altrui per cacciare od uccellare proibito assolutamente, come nel caso delle parti di un fondo non chiuso ove esistano seminati o frutti danneggiabili pel passaggio, caso che ho riportato al n.° 4 dell' annotazione *a* al presente Capo, sia proibito soltanto senza il permesso del proprietario come p. e. nell' altro caso che ho addotto al n.° 2 di quell' annotazione, parmi che quel proprietario sia secondo il § 344 del Codice austriaco in facoltà d' impedire, anche respingendo colla forza conveniente la forza, l'ingresso nel proprio fondo quando tardi fosse per ottenere il soccorso del giudice.

In ogni altra circostanza, non mi sembra che il proprietario stesso possa agire con vie di fatto, e di sua privata autorità come ho detto a principio dell' annotazione *g* al Capo XXX del Trattato I.

(*d*) 1.° Vedute le disposizioni di legge da me citate al n.° 5 dell' annotazione *a* al presente Capo, parmi essere proibita e punita come contravvenzione la presa mediante *lacci*, ferri ed altri pericolosi ordigni dei cervi, dei daini, delle camozze e dei caprioli.

E colla notificazione della Luogotenenza veneta 30 giugno 1855, n. 17446, venne confermato il divieto anteriormente esistente di accalappiare lepri, volpi ed altri simili quadrupedi con *lacci* di ferro o di rame, e venne dichiarata punibile la contravvenzione a quel divieto.

Per prendere altre bestie feroci, pare che il § 336 del Codice penale del 1852 lett. *e* permetta tagliuole, *lacci*, fosse da lupo, ed armi a scatto, quando vi sieno esposti vicino,

Digitized by Google

2.° Nel caso in cui le leggi politiche escludano ogni licenza di caccia od uccellagione e quindi le proibiscano assolutamente, non è permesso a tale oggetto di entrare in un fondo altrui, nemmeno se esistesse diritto di servitù o se il proprietario di quel fondo lo permettesse, perchè una legge di ordine pubblico negando quella licenza lo proibirebbe.

In tutti gli altri casi invece nei quali non vi sia quell'assoluta proibizione di caccia o di uccellagione, ma queste dalla legge sieno consentite però col permesso del proprietario del fondo in cui si esercitano, il cacciatore od uccellatore nei riguardi verso quel proprietario può entrare nel di lui fondo, quando ne abbia legalmente acquistato il relativo diritto non solo, ma eziandio quando ne abbia ottenuto dal proprietario stesso, senza averne diritto, il semplice permesso.

3.° Essendo per l'articolo 688 del Codice Napoleone la servitù di caccia o di uccellagione discontinua, non si acquista pel § 691 per possesso nemmeno immemorabile, quando non vi abbia in sussidio un titolo (documento scritto).

Pel Codice austriaco invece si acquista anche col solo possesso atto ad indurre legalmente la usucapione.

4.° Quando dalle leggi politiche non sieno assolutamente proibite nel fondo altrui la caccia o la uccellagione, vi può essere la relativa servitù per possesso sussidiato da titolo secondo il Codice Napoleone, e per solo possesso pel Codice austriaco come ho detto al precedente n.° 3.

Tale possesso per essere mantenibile in via possessoria dee aver durato per la legge italiana almeno un anno.

Per la legge austriaca esser dee stato esercitato per più di una volta come ho detto nell'annotazione *p* n.° 1 al Capo I del presente Trattato.

Se poi havvi facoltà di uccellare o cacciare nel fondo altrui non per diritto di servitù ma per permesso accordato dal di lui proprietario, ove per le leggi politiche possa accordarlo, quella facoltà si misura dietro la estensione del dato permesso.

Quindi il permesso dato per una volta sola non dà facoltà per altre volte oltre quella.

(*e*) Se uno cacciando ferisce un animale ed un altro lo prende sarà esso di chi lo piglia?

Pei §§ 381-383 del Codice civile austriaco per acquistare la proprietà di quell'animale, ch'è una cosa senza padrone, vi vuole titolo che sta nella libertà connaturale a tutti d'impossessarsene, e modo che sta nella occupazione, ossia nella presa fisica del possesso di esso.

Quando il cacciatore abbia ferito un animale e questo se ne sia fuggito senza che il cacciatore stesso lo abbia potuto prendere, parmi che abbia continuato a rimaner cosa senza padrone.

Quindi se altri e non il feritore, lo abbia preso, parmi che il prenditore abbia avuto titolo, nella libertà naturale, di prenderlo, e modo di acquistarne la proprietà nella presa ossia occupazione.

Quindi la proprietà spetta non al feritore ma al prenditore.

Esiterei però a ritenere lo stesso quando l'animale fosse stato ferito dal cacciatore in modo da non poter fuggire.

Il cacciatore in questo caso come nell'altro caso in cui avesse ucciso quell'animale, ha per certo titolo di acquistarne la proprietà consistente nella connaturale libertà d'impossessarsene.

E mi pare che avendolo ferito in modo da avergli fatto perdere la libertà di fuggire, come anche avendolo ucciso, non si possa negare che il cacciatore stesso abbia eziandio il modo necessario all'acquisto della proprietà di esso.

Sarà vero che non ne ha fatto occupazione immediata colle mani.

Ma mi pare non poter negarsi, che ne abbia fatto occupazione mediante istrumenti, mediante il fatto di avergli impedito di fuggire, ferendolo od uccidendolo.

Se il cacciatore l'avesse ferito od ucciso, ma non egli sì invece il proprio cane lo avesse per lui preso, un altro che lo levasse dalla bocca di quel cane potrebbe dirsi averne acquistato la proprietà per occupazione?

Mi pare di no, perchè la occupazione sarebbe seguita per parte del cacciatore mediante il proprio cane.

Per la stessa ragione sembrami che ferito un animale in modo da non poter più sot-

Digitized by Google

trarsi colla fuga ovvero ucciso dal cacciatore, questi col fatto di quel ferimento od uccisione ne abbia fatto occupazione.

Dunque se un altro lo piglia non ne acquista la proprietà la quale per titolo e per modo è stata già acquistata dal feritore od uccisore.

In questo modo decise la quistione l' articolo 564 del Codice pegli Stati Parmensi.

Quell' articolo dice che nella caccia e nella pesca equivale alla occupazione quell' atto per cui l' animale coi mezzi dell' arte è messo fuor di stato di sottrarsi.

E nel dizionario del Merlin alla voce *occupazione* § III articolo I n.° III vien detto, « che pel diritto francese a chi ha ferito una bestia selvaggia e la insegue essa non appar» tiene fino a che non l'abbia presa, e che se mentre la insegue, un altro se ne impadroni» sce, dessa a questo appartiene. »

Ma soggiungesi ivi : « Se un quadrupede, un pesce, un uccello sono presi in un lac» ciuolo, in una rete, in modo da non poter liberarsene, essi appartengono a colui che ha » teso il lacciuolo o la rete, quantunque non vi sia ancora da sua parte occupazione im» mediata. »

Lo stesso parmi che pel diritto francese debba dirsi anche dell' animale che sia stato o ferito in modo da non poter fuggire, od ucciso.

(*f*) Se un lupo, un nibbio, uno sparviero, od un altrui cane, prese un mio animale ed altri lo strappò ad essi di bocca, la presa da essi fattane, non mi fece perdere la mia proprietà sull' animale stesso.

E se non la ho perduta, chi lo strappò loro di bocca dee restituirmelo perchè è cosa mia.

Potrà aver poi diritto a rimborso anche se non avesse agito per mia incombenza secondo il § 1036 del Codice austriaco.

(*g*) I sonagli attaccati ai piedi di uno sparviero o falcone, sono prova che quella bestia mansuefatta è privata proprietà di colui che le ha attaccato quel segno.

Chi la avesse presa prima di 42 giorni dopo fuggita dal padrone dee pel § 384 del Codice austriaco restituirgliela. Rimasta lontana per 42 giorni si ritiene che abbia riacquistato la sua naturale libertà e che sia divenuta di nuovo bestia selvaggia sicchè pel suddetto § nel fondo pubblico chiunque e nel fondo privato il proprietario di questo può pigliarla e ritenersela.

(*h*) Lacci, ferri ed altri pericolosi ordigni sono proibiti per prendere cervi, daini, camozze e capriuoli come ho detto al n.° 5 dell' annotazione *a* ed al n.° 1 dell'annotazione *d* al presente Capo.

Lacci di ferro o di rame sono proibiti per prendere lepri, volpi ed altri simili quadrupedi per la Notificazione che ho ricordata in questa ultima annotazione.

Per prendere altre bestie feroci sono permesse tagliuole, lacci, fosse da lupo, armi a scatto, con segnali d' avviso appresso come ho detto nella suddetta ultima annotazione.

È permessa eziandio la caccia con roccoli, tese dette volgarmente passate, reti appostate con preparazione di sito, altre reti portatili, giuochi ecc. dal decreto italiano 21 settembre 1805 ed alle condizioni da esso portate.

(*i*) Ai cherici che in senso lato comprendono anche i frati sono secondo il Nardi, Diritto ecclesiastico Tomo I § 231 n.° 5, proibite le cacce clamorose, ma non le modeste e private.

Digitized by Google

E se fossero anche di ragione dei vicini fondi privati, quella strada ne avrebbe l'uso.

Per l'articolo 2.° poi di quel Decreto le strade aperte da uno o più possidenti nei loro fondi, se anche gravate da pubblica servitù, sono private.

Con quelle strade anche le loro fosse appartengono a quei possidenti.

2.° Le fosse di un campo venduto se non escluse nella vendita appartengono a quel campo quando non sieno comuni secondo il § 854 del Codice austriaco e secondo gli articoli 666-669 del Codice Napoleone.

3.° Sul mio fondo mi è lecito scavar fossi per ricevervi l'acqua piovana, quando altri per qualche legale fondamento non abbia, come ho detto nell'annotazione *b* al Capo LXXX del Trattato I, facoltà d'impedirmelo.

Ma da essi fuori dei casi che ho accennato ai n. 1, 2, 3 dell'annotazione *a* al Capo V del presente Trattato quell'acqua non può penetrare nell'altrui fondo ed il proprietario di questo può opporsi alla di lei introduzione e pretendere naturalmente la riparazione del danno, che quella introduzione se fatta gli avesse causato.

(*m*) Sul piantare siepi alla estremità di un mio fondo veggasi l'annotazione *a* al Capo LXXXI del Trattato I.

Digitized by Google

CAPUT XXII.

DE MONTIBUS.

I. *Mons quid sit, et unde dicatur.* — II. *Lapicidinae et argentifodinae, cum in montibus reperiantur, an in alieno fundo lapides caedere licitum sit.* — III. *Lapides in fundo suo an quis cedere possit, ita ut lapidum fragmenta in fundum alienum perveniant.* — IV. *Venas aureas aut argenteas in meo, an mihi fodere licitum sit, et fodiendo sub vicini fundo transire.* — V. *Lapides ex fundo dotali caesos, an maritus habere debeat, et quid si in caedendo expendit, an expensa sibi restitui debeat.* — VI. *Sylva caedua et sylva pascua, quae dicatur.* — VII. *Sylva si creditori pignorata sit, et debitor ex ea navem, vel aliam materiam fecerit, an illa navis, vel materia pignori erit.* — VIII. *Creditor an debitorem prohibere possit, ne ex ea sylva navem faciat.* — IX. *Sylvae usufructuarius an arbores, et pedamenta pro usu suo incidere possit ac etiam vendere.* — X. *Emphyteuta qui sylvam, vel nemus in emphyteusim recipit, an invito domino sylvam, et nemus extirpare possit, et ad prata, vel culturam reducere, ac plantare vites vel arbores fructiferas.* — XI. *Nemus, vel sylvam si quispiam vendidit cum pacto de retro vendendo, an emptor sylvam extirpare possit.* — XII. *Maritus an possit extirpare nemus sibi in dotem datum, et ad culturam reducere.* — XIII. *Emphyteuta, maritus, vel feudatarius, vel similes, qui ius in re habent, an arbores fructiferas*

CAPO XXII.

DEI MONTI.

I. Che cosa sia il monte, e perche si chiami così. — II. Se qualora si rinvengano sui monti cave di pietre o miniere d'argento, sia permesso tagliar le pietre nell'altrui fondo. — III. Se chiunque possa tagliar le pietre nel proprio fondo così, che i frammenti cadano nel fondo altrui. — IV. Se vi sòno vene d'oro o d'argento nel mio fondo, mi sarà lecito scavare, e scavando passare sotto l'altrui fondo. — V. Se al marito appartengano le pietre tagliate dal fondo dotale, e se qualora spenda nel toglierle, debba essere risarcito. — VI. Quale si dica bosco ceduo, e quale bosco da pascolo. — VII. Se un bosco è dato in pegno ad un creditore, e se il debitore costruisca con esso una nave od altro oggetto, quella nave o quell'oggetto sarà soggetto al pegno? — VIII. Se il creditore possa vietare al debitore di costruire una nave con quel bosco. — IX. Se l'usufruttuario possa tagliare per suo uso, ed anche vendere gli alberi e le pertiche da viti. — X. Se l'enfiteuta, che ricevette un bosco o selva in enfiteusi, possa senza il consenso del direttario estirparla, e ridurla a prato od a coltura, e piantar viti od alberi fruttiferi. — XI. Se, quando taluno ha venduto un bosco col patto di rivendita, il compratore possa distruggerlo. — XII. Se il marito possa distruggere il bosco datogli in dote, e ridurlo a coltivazione. — XIII. Se l'enfiteuta, il marito, il feudatario e simili, che hanno diritto

Digitized by Google

contrarium memoriâ non extat, an juvat eos, si dixerint, se acquisivisse jus utendi et fruendi in illo nemore. — XX. *Nemoris alieni rustici vel alii si usum habuerint, puta, quia in eo longissimo tempore ligna accipere consueti fuerint, quando iste usus expiret.*

I. *Quaerendum est primo quid sit mons? Et dic quod est locus altus* (1). *Quod intellige de magna altitudine, secundum Barthol.* (2). *Et dicitur mons secundum Barthol. ibi, et Hugo, et Papio, a movendo per contrarium quia non movetur: et non intelligas de mobilitate quae universae terrae congruit, sed quia non movetur per culturam, id est, non colitur, terra enim, quae colitur, bene movetur, et durat usque ad locum, qui colitur vel coli incipit. Pendiciae ergo montium non cultae, montis appellatione continentur, nisi certi loci usus aliter se haberet: si tamen inter montem essent aliqua loca culta, montis appellatione totius continetur illa pars* (3).

II. *Quia in montibus lapidicinae et argenti fodinae, et hujusmodi materiae esse consueverunt: quaero an sit licitum in fundo alieno lapides caedere: et dicas quod non, nisi consuetudo, vel statutum aliter disponeret* (4): *nec potest quis lapides ex fundo alterius exportare, etiam si sit civitas, vel commune, nisi hoc dictet consuetudo, et prius domino pretium competens solvatur, licet ante pretii solutionem caedi possint* (5).

III. *An autem quis possit in fundo suo lapides caedere, ita ut fragmenta lapidum perveniant in fundum alienum, vide l. sicuti* (6).

IV. *Sed quid si sint venae aureae aut argenteae* (*), *an sit mihi licitum fodere in meo, et fodiendo transire sub fundo vicini? Et videtur quod non* (7). *Item quia sicuti quis non potest transire in agrum alienum invito domino* (8), *ita nec sub agro alieno; quia sicuti praedia supra terram sunt libera domino usque ad coe-*

tempo, di cui non resta memoria in contrario, giovi ad essi l'asserire di aver acquistato il diritto di usare e fruire in quel bosco. — XX. Se i villani od altri abbiano avuto l'uso dell'altrui bosco, per esempio, perchè costumarono prender legna da esso per lunghissimo tempo, quando cesserà il detto uso?

I. In primo luogo chiediamo che cosa sia il monte? Rispondi, ch'è un luogo alto, ed intendi di grande altezza, secondo Bartolo. E si dice monte, giusta Bartolo, Ugolino ed il Pavese, dal contrario di movere, perchè non si muove; ed intendi parlarsi, non già della mobilità ch'è propria del mondo universo, ma della mobilità della coltivazione, cioè, che non si coltiva; imperocchè la terra che si coltiva, si muove bene, e giunge fino al sito che si coltiva o principia a coltivarsi. Pertanto le pendici non colte dei monti si comprendono nel nome di monte, purchè non si chiamino altrimenti per certo uso del luogo; e se tra il monte vi fossero alcuni siti coltivati, quella parte cadrebbe sotto la denominazione di tutto il monte (*a*).

II. Poichè ne' monti sogliono trovarsi cave di pietra, miniere d'argento e simili cose, dimando se sia permesso tagliar pietre nel fondo altrui? Rispondi che no, qualora la consuetudine o lo statuto non disponesse altrimenti. Nè può chicchessia asportar pietre dall'altrui fondo, neppur se fosse una città od un comune, quando nol permetta la consuetudine, e se prima non sia pagato un congruo prezzo al padrone di quello, sebbene si possano tagliare prima del pagamento (*b*).

III. Se poi alcuno possa tagliar pietre nel proprio fondo così, che i frammenti di esse cadano nel fondo altrui, vedi ne' testi (*c*).

IV. Ma se vi fossero alcune vene d'oro o d'argento nel mio fondo (*), mi sarà lecito scavare in esso, e scavando penetrare sotto il fondo del vicino? Sembra che no, perchè siccome nessuno può passare pel campo altrui senza l'assenso del padrone, così neppure il può sotto di esso, e perchè, come i fondi sopra terra appartengono liberamente a'lor-

Digitized by Google

nis cotareis Burgoniensibus, consuluit contrarium, videl. quod fodientes non possint a dominis impediri (1). *Sed Pileus dicit, quod propter publicam utilitatem licet marmora et similia fodere sub fundo alieno, dummodo dominus non habeat damnum. Nec obstat* d. § si vir in fundo, et d. § si constat. *Quia illa jura loquuntur in lapidicinis, quae reperiuntur sine laesione superficiei, et ubi fodiuntur lapides multum utiles, qui in paucis locis reperiuntur: et in argento vel auro: et ideo propter publicam utilitatem videtur concedi, ut possit invenire et fodere etiam sub alieno: quia hoc sit cum magna impensa et labore: nec a dominis superioribus potest prohiberi, si non recipiunt laesionem:* ut per gloss. (2). *Quae dicit hoc esse speciale in metallo, quod magno paratur labore, et propterea procedunt etiam in venis cotareis et marmoreis, ut ibi, et ita tenet eleganter Paulus de Castr.* (3) *ubi dicit ita se consuluisse in civitate Burgoniae* (4), *et ita ego tenui* in l. inter publica in princip. D. de verborum signification. *ubi limitavi praedicta procedere, dum unus tertius non dominus fecisset jam impensam in fodiendo vel reperiendo venas: secus si vellet etiam incipere fodere, et venas reperire: et ille qui haberet fundum supra, vellet etiam incipere fodere: quia dominus fundi deberet praeferri* (5), *ex quo cessant rationes supra allegatae, scilicet impensarum ejus, qui vult invenire venas: et cessat ratio publicae utilitatis: quia idem faceret dominus fundi, quae faceret extraneus, quod est singulare et magnae utilitatis* (6).

V. *Potest ex praedictis decidi: et de materia lapidicinarum, an maritus debeat habere lapides caesos ex fundo dotali, et quid si omnibus in quadrando*

ca le vene cotaree della Borgogna, consigliò diversamente, cioè che gli scavatori non possano essere impediti dai proprietarii. Pillio però dice, che a cagione di pubblica utilità è permesso bensì cavar marmi e simili oggetti di sotto all' altrui fondo, ma purchè il proprietario non senta danno. Nè ostano a ciò il § *si vir* della legge *divortio ff. solut. matr.* ed il § *si constat leg. venditor. ff. communia praed.*, perchè que' testi parlano delle cave di pietre, che si rinvengono senza ledere la superficie, e di que' siti ove si cavano pietre molto utili, che in pochi luoghi si trovano, e dell' argento e dell' oro, e però in causa dell' utilità pubblica sembra concesso che si possa ricercare e scavare anche sotto il fondo altrui, perchè ciò si fa con grande spesa e fatica; nè può esser proibito da' superiori proprietari, qualora non ricevano detrimento, come dice la glossa, la quale dice eziandio esser questa un'eccezione speciale riguardo a' metalli, che si preparano con gran fatica, e però procedere anche nelle vene cotaree e marmoree. Così difatti opina dottamente il Castrense, che dice di aver consultato in questo modo in una città di Borgogna. Così pure io votai sopra la legge *inter publica ff. de verb. signiß.*, ove le predette cose limitai in guisa, che procedessero allorquando un terzo non proprietario avesse già fatte spese nello scavare e ricercare le vene; non già qualora volesse cominciare lo scavamento e le ricerche, e quegli che ha il fondo soprapposto volesse eziandio principiare a scavare; perocchè il padrone del fondo dovrebb' essere preferito. Laonde cessano le ragioni soprallegate, cioè delle spese di quello che vuole ritrovare le vene, e della pubblica utilità; perchè il padrone del fondo farebbe lo stesso che farebbe un estraneo, lo che è singolare e di grande vantaggio (*d*).

V. Per le predette cose può decidersi ancora, circa la materia delle cave di pietre, se al marito debbano appartenere le

VI. *In montibus etiam sylvae quandoque reperiuntur: et ideo quaero primo, quae dicatur sylva caedua, et sylva pascua? Dic sylva caedua est, ut quidam putant, quae in hoc est, ut caedatur: Servius autem ait, quae succisa, rursus ex radicibus aut stirpibus renascitur* (1). *Sylva vero pascua est, quae pascuis pecudum destinata est* (2): *quod foresta dicitur latum nemus sine clausura et sine acqua et ita intelligitur text. ibi. Quando vero est prope fluvium, dicitur sylva. Sed quando concluditur muro vel palis, vocatur barcus.*

VII. *Deinde quaeritur secundo, quid si creditori sylva pignorata sit, et debitor ex ea navem vel aliam materiam fecerit: an illa navis vel materia pignori erit? dicas quod non: nisi nominatim cautum fuisset, ut pignori sint quaecunque ex sylva facta natave sint* (3): *hoc tamen limitat singulariter Guilielm. de Cun. quando debitor non esset solvendo vel esset extincta actio personalis* (**), *ut tunc in subsidium navis intelligitur esse pignori obligata*, per l. qui occidit, § 1 D. ad leg. Aquil. *qui text. parum favit secundum Raphael. Fulgo.* (4); *dic tamen magnam esse authoritatem Guilielm. cum nemo contradicat, et magis ipsum movet Imperialis authoritas quam ille text.; et hoc dictum est bene not.*

VIII. *Quaeritur tertio, an possit creditor prohibere debitorem, ne ex sylva navem faciat? Barthol. et Doctor.* (5) *tenent quod creditor debet uti re pignorata, tanquam bonus paterfamilias* (6), *unde distinguitur, aut sylva erat caedua: et debitor vult caedere secundum modum consuetum, et non potest per creditorem prohiberi* (7): *aut non erat caedua, et volebat ultra modum consuetum caedere: et tunc per creditorem potest prohiberi, per dicta jura dicit tamen Rofred.* (8), *quod arbitratur ipsum creditorem per hypothecariam posse avocare possessionem sylvae et consequenter ne caedat: quia*

(1) *L. sylva caedua, in princ. ff. de verbor. signific. et l. hoc sylva caedua in princ. ff. de usufr.*

(2) *Ut d. l. sylva caedua. § fin, et adde* secundum Hostien. et Joan. And. *in cap. cum dilecti, in gloss. 1. in novella, extra, de donat.*

(3) *Ut l. si convenerit, § si quis caverit, ff. de pignor. actio, et ibi per gloss. et Doctore.*

VI. Nei monti eziandio talora si trovano boschi, e però chieggo in primo luogo, quale si chiami bosco ceduo, e quale bosco da pascolo? Rispondi: bosco ceduo, come stimano alcuni, è quello che è fatto per esser tagliato; e Servio dice, che è quello, il quale reciso, di nuovo rinasce dalle radici o dai tronchi. Bosco da pascolo poi è quello, ch'è destinato ai pascoli delle pecore, e foresta si dice un largo bosco senza chiusura e senz' acqua; e così s' intende il testo che dice: allorquando è vicino ad un fiume si dice selva; ma quando è chiuso da muro o da pali, si chiama *parco* (f).

VII. Chieggo poi in secondo luogo: che di diritto, se il bosco è dato in pegno al creditore, ed il debitore con esso abbia fabbricata una nave od altro oggetto; quella nave o quell' oggetto sarà soggetto a pegno? Rispondi che no, se espressamente non fu pattuito, che sia suggetto al pegno tutto ciò che nasce o si fa del bosco. Lo che però viene singolarmente limitato da Guglielmo da Cunio nel caso che il debitore non fosse atto a pagare, o fosse estinta l'azione personale (**), perchè allora in sussidio si intende che la nave sia obbligata al pegno, e ciò in forza della legge *qui occidit* § 1. *ff. ad leg. Aquil.*, il quale testo però giova poco, secondo Rafaello Fulgosio. Tu di' nondimeno, che grande è l'autorità di Guglielmo da Cunio, mentre nessuno il contraddice, ed è piuttosto indotto a tale sentenza dall' imperiale autorità, che da quel testo: il che è ben da notarsi.

VIII. Si chiede in terzo luogo, se possa il creditore proibire al debitore, che non faccia una nave col bosco? Bartolo ed i Dottori pensano, che il creditore debba usare della cosa pignorata come un buon padre di famiglia. Laonde si distingue: od il bosco era ceduo, ed il debitore vuole tagliare secondo il modo consueto, e non può essere impedito dal creditore; o non era ceduo, e voleva tagliarlo fuori del modo consueto, ed allora il creditore può proibirglielo. Dice tuttavolta Roffredo, che si stima potere il creditore mediante l'azione ipotecaria avocare a sè il possesso del bosco, e conseguentemente proibire che sia tagliato, ed

(4) *In d. § si quis caverit.*

(5) *In dict. § si quis caverit. in fin.*

(6) *L. ea igitur, ff. de pignor. action.*

(7) *Per l. item si fundus, in fine, ff. de usufr. et l. cum tabernam, in princ. D. de pignor.*

(8) *In dicta § si quis caverit, in fin.*

Digitized by Google

tunc creditor debet fructum percipere, non debitor (1).

IX. *Quaeritur quarto, nunquid usufructuarius sylvae possit incidere arbores et pedamenta pro usu suo, et etiam vendere? Dic, quaedam sunt arbores non altiores sylva; et istae continentur sub nomine sylvae: et ideo pedamenta succidi possunt, sicut ipsa sylva* (2). *Quaedam sunt arbores quae in altitudine sylvam excedunt, et de his fructuarius non sumit ramos, sed pedamenta succidit* (3), *quae sequitur* (4); *et dic quod sylva non erat caedua, id est, matura, licet aliquae essent grandes arbores ibi, nam illae debent caedi cum aliis, quum aliae essent maturae. Quaedam sunt arbores vetustae: et tunc non pedamenta, nec rami succidi possunt arboribus etiam evulsis, vel vi ventorum dejectis ad usum suum et velle:* ut est text. cum gloss. in d. l. arboribus, in princip. *quae intelligit dict. text. quando sylva non erat caedua: quia tunc potest sumere etiam ex sylva pro vinea sua, dummodo fundum suum deteriorem non faciat* (5): *et in hoc casu tantum habebit usuarius, quantum usufructuarius secundum gloss. ibi, sed quando est sylva caedua, tunc plus habet usufruct. quam usuarius: quia usufructuarius potest caedere et locare sine ultima necessitate sua: usuarius autem non potest uti, nisi pro se et necessitate sua* (6): *ubi habetur etiam quod usuarius sylvam potest caedere et vendere: puta quando esset in remoto: quia si non posset vendere, nulla esset utilitas sylvae, et perinde esset ac si non haberet usum fructum sylvae* (7).

X. *Quaeritur quinto an emphyteuta, qui recipit in emphyteusim sylvam vel nemus, invito domino possit extirpare sylvam et nemus, et reducere ad prata vel culturam, et plantare vites vel arbores fructiferas? istam questionem format Nicol. de Ma. et Bald.* (8). *Et videtur primo, quod sic: quia qui accipit in emphyteusim, accipit*

allora dee il creditore, non già il debitore, percepirne i frutti (*g*).

IX. Si dimanda in quarto luogo, se l' usufruttuario possa tagliare gli alberi e le pertiche per proprio uso, e venderli eziandio? Rispondi: vi sono alcuni alberi non più alti del bosco, e questi sono compresi nel nome di bosco, e però si possono tagliare come lo stesso bosco. Vi sono poi altri alberi che superano in altezza il bosco, e di questi il fruttuario non prende i rami, ma taglia le pertiche; e di' ancora, che quando il bosco non è ceduo, cioè maturo, benchè alcuni alberi sieno grandi, tuttavolta non si possono tagliare, ma quando è maturo, si possono recidere insieme agli altri. Alcuni alberi sono antichi, ed allora non si possono tagliare i rami, nè le pertiche, giusta la legge *arboribus ff. de usuf.*, e la glossa, la quale intende procedere il detto testo, quando il bosco non è ceduo, perchè allora il fruttuario può tagliare da esso anche per la sua vigna, purchè non faccia peggiore il fondo; ed in questo caso tanto avrà l'usuario, quanto l'usufruttuario. Ma quando il bosco è ceduo, allora più avrà l' usufruttuario che l' usuario, perchè il primo può tagliare e locare senza un' estrema necessità propria, mentre l' usuario non può usare se non per sè e per propria necessità. E da' testi si ha ancora, che l'usufruttuario può tagliare il bosco e vender la legna, per esempio, quando fosse in luogo remoto, perchè se non potesse venderla, nullo sarebbe il vantaggio del bosco, e si troverebbe nello stesso caso come se non avesse l'usufrutto di quello (*h*).

X. Si chiede in quinto luogo se l' enfiteuta, che riceve in enfiteusi il bosco o la selva, possa sradicarla senza il consenso del padrone diretto, e ridurla a prato od a coltura, e piantarvi viti od alberi fruttiferi? Tale questione è formata da Nicolò dei Mattarelli e da Baldo, e sembra primamente che sì, perchè chi riceve in enfiteusi ri-

Digitized by Google

superaedificare: quia forma areae mutaretur (1). *Sed Bald.* (2) *dicit hoc credere verum esse: quia tacite inest ut possit meliorari* (3). *Et si tu dicis, non potest mutari forma? Respondetur secundum Bald. forma superficialis mutari potest in melius: quia iste contractus ad hoc est inventus, ut melioraretur, et absurdum esset dicere, ut qui debet rem aeternaliter possidere, non posset rem meliorare meliori forma introducta sub majori. Tamen Bald. concludit* (4) *quod mutatio sylvae extirpando fieri non potest: sed in aedificando domum fieri potest. Et est ratio, quia domus potest reduci ad aream demolita domo, sed vinea extirpata non erit sylva, ut prius erat* (5). *Sed Flor.* (6) *refert omnia praedicta et tandem concludit, quod adhuc est perplexus quid teneat. Ego vero in hac quaestione ita dicerem: Aut loquimur de area, et sto cum Bald. ut emphyteuta possit domum aedificare, nisi aliud de mente contrahentium appareat: aut loquimur de sylva: et tunc si de hoc, specialiter est conventum, illi conventioni standum est* (7), *aut nulla est conventio: et tunc aut est statutum vel consuetudo in loco, et illi standum est* (8), *ut Paduae observatur de facto: quia emphyteutae extirpant nemora, aut sylvas: aut nulla est conventio, statutum, seu consuetudo: et tunc aut non est utile, si fiat pratum, vel terra aratoria: quia forte major est utilitas, vel erit, vel tanta percipi poterit ex nemore, quanta ex pratis et terris aratoriis: et tunc non posset emphyteuta sylvam extirpare: ex quo non est melioratio, imo potius deterioratio, et maxime quia instrumento investiturae solet apponi clausula, ad meliorandum, et non pejorandum, et ita potest procedere opinio Bald., aut extirpando sylvam fundus efficitur valde melior, et tunc aut est in contractu emphyteutico dictum, ut pro reditu solvere teneatur tot plaustra lignorum de illo nemore: et tunc non posset reducere ipsum ad prata vel culturam: quia non posset solvere dictum, et sic ta-*

chè in tal guisa si muterebbe la sua forma. Ma Baldo crede ciò non esser vero, perchè si sottintende, che possa esser migliorato. E se tu opponi, non potersi mutare la forma, rispondasi con Baldo, che la forma superficiale può esser mutata in meglio, perchè questo contratto è trovato affinchè si migliori, e perchè è assurdo il dire, che chi deve in eterno possedere la cosa non possa migliorarla coll' introdurvi una forma più buona. Nondimeno Baldo conchiude, che la mutazione del bosco non si può fare coll' estirpare, ma bensì col fabbricare una casa. E la ragione è questa: che la casa può ridursi ad area, ove sia demolita, ma la vigna estirpata non sarà più bosco, com'era prima. Ma Floriano riporta le stesse cose, e tuttavia conchiude che è perplesso in decidere. Io poi in sì fatta quistione così direi: O parliamo dell' area, ed allora stò con Baldo, che, cioè, l' enfiteuta possa fabbricare una casa, se altro non apparisce della intenzione de' contraenti. O parliamo del bosco, ed allora se intorno a ciò fu specialmente convenuto, si dovrà stare a quella convenzione. O non vi è alcuna convenzione, ed allora, od esiste uno statuto od una consuetudine nel luogo, e si deve osservare, come di fatto s' osserva a Padova, dacchè ivi gli enfiteuti estirpano i boschi o le selve. O non vi è alcuna convenzione, statuto o consuetudine, ed allora, o non è vantaggioso che il bosco si riduca a prato od a terreno aratorio, perchè forse maggiore utilità si ricava o si ricaverà da quello, o tanta almeno se ne ritrae quanta dai prati e dalle terre arative, ed allora non potrebbe l' enfiteuta estirpare il bosco, però che questo non sarebbe miglioramento, ma piuttosto deterioramento, e massimamente perchè nell'istrumento d'investitura si suole apporre la clausola: *a migliorare ed a non peggiorare*; ed in tal guisa può aver luogo l' opinione di Baldo. O coll' estirpare il bosco il fondo diventa molto migliore, ed allora, od è detto nel contratto enfiteutico, che per canone l'utilista sia tenuto a dare tanti carri di legna di quel bosco, ed in tal caso questo non si può ridurre a prato ed a coltura, perchè ciò facendo non sarebbe più possibile la prestazione del canone pattuito,

Digitized by Google

cite videtur actum inter eos, ut nemus non destruatur (1), *aut non fuit dictum de illo nemore: et idem credo, maxime quando emphyteuta non haberet alia nemora, ex quibus posset solvere, d. jura eadem ratione, aut pensio debet solvi in pecunia, vel in aliis rebus, quae in sylva non reperiuntur, et etiam si esset major utilitas extirpando sylvam, tenerem quod posset, ex quo habet ad meliorandum. Nec obst. quod mutetur forma, quae non sit reducibilis facilitate ad suam materiam* (2), *quia illa jura loquuntur in usufruct. qui habet jura debilia, quae faciliter corrumpuntur, et finiuntur* (3), *sic minus juris habet; quam emphyteuta: et ideo in usufructuario dicendum est, ipsum non posse extirpare, et formam mutare: quia mutata forma mutatur ususfruct. qui propter hoc perit, ut dictis juribus non sic in emphyteuta, qui habet plus juris, videlic. utile dominium et perpetuum* (4).

e però tacitamente sembra pattuito fra essi, che il bosco non sia distrutto. O non fu detto di quel bosco, ed allora io credo esser lo stesso, massime allorquando l' enfiteuta non avesse altri boschi coi quali potesse dare il canone della legna, e ciò in virtù degli stessi testi e per eguale ragione. Od il canone si deve pagare in danaro o con altre cose che non si trovano nel bosco, ed eziandio tornerebbe a maggiore vantaggio lo estirpare il bosco, ed allora terrei che lo potesse, dacchè ha ricevuto per migliorare. Ned osta che si muti la forma, la quale facilmente non si possa ridurre allo stato anteriore, come dicono i testi, perchè questi parlano dell' usufruttuario, che ha diritti più deboli, i quali facilmente si corrompono e finiscono, e che perciò ha meno di diritto che l' enfiteuta. Laonde rispetto all'usufruttuario è da dirsi, che non può estirpare o mutare la forma, perchè mutata la forma, si muta l' usufrutto, che per ciò perisce. Non così però si può dire dell' enfiteuta, il quale ha più di diritto, cioè l' utile e perpetuo dominio (*i*).

XI. *Quaeritur sexto, aliquis vendidit nemus vel sylvam cum pacto de retrovendendo* juxta l. 2 C. de pact. inter empt. et l. qui fundum, ff. de contraben. empt., *an iste emptor possit sylvam extirpare? Et in hac quaest. puto esse consideranda verba pacti de retrovendendo: si enim dicerent quod tenetur dictam sylvam vel nemus retrovendere: tunc judicarem ipsum non posse extirpare, quia non posset servare pactum de retrovendendo et sic illa jura non loquuntur de sylva, sed de fundo sic simpliciter, et tunc aut est pactum ad certum tempus breve, puta 5 vel 7 vel 8 annorum, id quod esset major utilitas emptoris habere ligna quam fructus fundi ad culturam reducendi, et majus esset damnum venditoris, et idem per ea quae dicta sunt in praeced. quaest. Aut est pactum in perpetuum, et tunc aut emptor sciebat vel verisimiliter scire debebat se*

XI. In sesto luogo si chiede: taluno vendette un bosco o selva col patto di rivendita; il compratore può forse sradicare il bosco? In tale quistione io credo doversi considerare le parole del patto di rivendita; imperocchè se dicessero che sia obbligato a rivendere il detto bosco o selva, allora giudicherei che non potess' essere estirpato, perchè altrimenti non potrebbe osservarsi il patto di rivendita, e però la legge II *Cod. de pact. inter empt.* e la legge *qui fundum ff. de contrah. empt.* non parlano del bosco, ma del fondo semplicemente. In tal caso, o il patto è ristretto ad un certo e breve tempo, per es. a 5, a 7 o ad 8 anni, e torna a maggiore vantaggio del compratore avere le legna piuttosto che i frutti del fondo da ridurre a coltura, mentre ciò riesce a maggior danno del venditore, ed allora la conclusione sarà la stessa della precedente questione per le ra-

Digitized by Google

ementi (1). *Aut emptor nesciebat nec verisimiliter scire poluerat venditore habere animum de proximo retro emendi: et dubium esset an posset sylvam extirpare: et tunc diceretur, aut venditor contradicit: quia asserit se cito retro emere: quia tunc non posset extirpare eadem ratione* (2). *Aut dominus non contradicit, vel etiam ignorat, et tunc distingue* ut dixi de emphyteuta in praecedente quaest.

XII. *Quaeritur septimo an maritu possit extirpare nemus sibi datum in dotem, et reducere ad culturam? Dicas quod sic: quia propter hoc reddit fundum fructuosiorem: quia ex cultura plus percipit, quam ex nemore, ut probatur* (3). *Sed si non efficeretur fundus fructuosior, tunc ut dixi in duabus qu. praeced.*

XIII. *Quaeritur octavo, an maritus emphyteuta, vel feudatarius, vel similes qui habent jus in re, possint arbores fructiferas incidere? et videtur quod sic, quia habent utile dominium* (4), *sed in re sua quilibet est moderator et arbiter* (5). *In contrarium facit* (6), *et hanc ultimam partem tenent Dy., Bart. et Dd.* (7) *et Bart.* (8) *et Bald.* (9), *Ang.* (10) *et idem dicas in parte quoad bona filii, et in usufructuario, ut per Angel.* (11) *et probatur* (12) *et idem etiam dicas et multo magis in usufructuario* (13). *Sed praedicta omnia limita, nisi praedicti velint in loco demortuarum vel incisarum alias plantare, ut dicit Angel.* (14) *et idem Paul. de Castr.* (15).

XIV. *Sed potest dubitari circa praedicta, an si emphyteuta vel fructuarius vel similes incidunt fructiferas arbores eo casu quo non possunt, an propter hoc cadant a jure suo? Et videtur quod sic: quia deteriorant rem sibi concessam a domino* (16), *et ita tenet Bart.* (17). *Innoc. dicit ibi, quod hoc est speciale in fundo Eccles. Lu. autem de Ro. ibi tenet opin. Bald.*

(1) *Argum. l.* 1. § 1. et quod ibi not. Bart. *ff. si quis test. lib. esse juss. fuerit, et l. nomen debitoris,* § 1. § *de leg.* 3. *cum ibi not. et l. si filiae meae, et quod ibi not. ff. solut. matr.* et quod not. Paul. de Castr. *in l. si filio,* § *fin. eod. tit.*

(2) *Argum. l. si fundum, cum ibi not. C. de rei vend.*

(3) *In d. l. divorcio,* § *si vir in fundo, conjuncta gloss. in vers. fructuosiorem, ff. solut. matr. et l. fin. ff. de jure dot.*

(4) *L.* 1. *ff. si ager. vectigal. et c.* 1. § *rei autem, in tit. de invest. de rer. alie. fa.*

(5) *L. in re mandata, C. mand.*

(6) *L. divor. et si vir in fundo, ff. solut. matr. et l. si vir in fraudem,* § *conductor, ff. de jure fis. l. forma,* § *si vites, ff. de censi l. si ita,* § *fin. ff. de usufr. et l. creditor,* 15. *ff. de pig. ac.*

prante. Od il compratore non sapeva, nè verisimilmente poteva sapere che il venditore aveva intenzione di ricomperare, e vi sarebbe dubbio se potesse estirpare il bosco. In questo caso si dovrebbe dire: Od il venditore s' oppone, asserendo di ricomperare immantinente, ed in tal caso non potrebbe estirparlo per la stessa ragione; o non si oppone, oppure anche ignora, ed allora distingui, come feci circa l' enfiteuta nella quistione precedente (*k*).

XII. In settimo luogo si chiede, se il marito possa distraggere il bosco datogli in dote, e ridurlo a coltivazione? Rispondi che sì, perchè ciò facendo rende il fondo più fruttuoso, dacchè più si percepisce dai campi che dal bosco. Ma se non lo rendesse più fruttuoso, allora di' come nella questione precedente (*l*).

XIII. In ottavo luogo si dimanda, se il marito enfiteuta, o il feudatario, o simili, che hanno diritto reale, possano tagliare gli alberi fruttiferi? Rispondi che sì, perchè hanno l' utile dominio, e nella cosa propria ciascuno è moderatore ed arbitro. Alcuni testi favoriscono l'opinione contraria, e per essa stanno Dino, Bartolo, Baldo, Angelo ed i Dottori; e lo stesso dirai rispetto a' beni del figlio, ed all'usufruttuario, anzi per questo a molto maggior ragione. Ma tutte le predette cose dèi limitare così: purchè i sopraddetti non vogliano piantare altri alberi in luogo de' caduti o recisi.

XIV. Se non che si può dubitare circa le stesse cose, se l' enfiteuta o fruttuario o simili decadano dal loro diritto, qualora taglino alberi fruttiferi in que' casi, ne' quali nol ponno? Sembra che sì, perchè deteriorano la cosa loro concessa dal padrone. Così Bartolo; ed Innocenzo dice, che questo è un caso speciale circa il fondo ecclesiastico. Lodovico Romano poi segue l' opinione di

(7) *In d.* § *si fundum.*

(8) *In d.* § *conductor.*

(9) *In auth. qui rem in fin. pen. C. de Sacros. Eccles.*

(10) *In l. si colonus, ff. arbor. fur caes.*

(11) *In l. fin.* § *fin. autem legata in fin. C. de bon. quae lib.*

(12) *In d. l. aequissimum* § *usufruct.*

(13) *L. fin. ff. de usu. et hab.*

(14) *In d. l. si colonus, per d.* § *conductor.*

(15) *In d. l. divortio,* § *si fundum, et pro hoc opt. facit l. agr., et l. vetus fuit qu. cum duab. seq. ff. de usufr. et l. ex syva caedua, eod. tit.*

(16) *Per auth. qui rem C. de Sacros. Eccl.*

(17) *In d. l. divortio,* § *si fundum.*

Digitized by Google

quando emphyteuta vel feudatarius fuit monitus ut desistat ab incisione, et non desistat, per text. in c. 1. § quicunq. advocatus, in tit. de pace tenen. in usib. feud. *Et licet ille text. loquatur in alia materia, tamen ejus ratio multum facit pro opin. Bald. quam puto veram* (1).

XV. *Quaeritur nono, si concessi* (***) *alicui, ut possit de nemore meo ligna incidere, et ad sui libitum accipere, an possim postea alteri concedere ligna? Dic quod sic, si ligna nemoris utrique sufficiunt, alias non* (2).

XVI. *Quaeritur 10. est permissum alicui, ut possit incidere de nemore meo quaedam ligna, an poterit pro libito suo incidere in eodem? Guiliel. de Cun.* (3) *dicit in fin. pone, tu habebas bona juxta nemus meum, recipiebas ligna de nemore meo injuste, absentasti te, et dixisti famulis tuis, ut incederent sicut tu, qui hactenus jus ipsi fecerunt, ut fuit eis dictum, et injuste: quod remedium mihi dabitur? Dico quod agetur contra istos tantum, et si isti petent dilationem ad certificandum dominum, dabitur, et si postea non venerit, condemnabuntur, et si non sunt solvendo, fiet in residuo executio contra dominum* (4): *in qua ita potest poni casus, quod dicit esse notand. quia quotidie de facto potest eveniri.*

XVII. *Quaeritur 11. si unus miles vult in nemore alterius colligere ligna; vide Hostiens* (5).

XVIII. *Quaeritur 12. si in nemore alieno capreoli, cervi, vel alia animalia capiuntur domino ignorante vel contradicente, an efficiatur capientis, vel domini nemoris, et an propria authoritate dominus possit ea retinere? vide Angel. et Dd.* (6).

XIX. *Quaeritur 13. si rustici dicunt se fuisse usos nemore tempore cujus non extat memoria, an juvat eos, ut dicantur acquisivisse jus utendi, fruendi in illo memore? Cyn. format hanc qu.* (7). *Et vi-*

Baldo, quando, cioè, l'enfiteuta o feudatario fu ammonito di desistere dalla recisione e tuttavia non desista, e ciò in virtù del § *quicunque adv. cap. 1, de pace ten. lib. feud.* E sebbene quel testo tratti d'altra materia, nondimeno la di lui ragione favorisce di molto la sentenza di Baldo, ch'io stimo vera (*m*).

XV. In nono luogo si chiede: se concedetti (***) ad alcuno, che possa tagliar legna del bosco e prenderne a suo piacimento, potrò io concedere poscia tale facoltà ad un altro? Rispondi che sì, se le legna del bosco bastino ad entrambi; altrimenti no (*n*).

XVI. In 10.° luogo si dimanda: se a certuno è permesso di tagliare nel mio bosco alquanta legna, potrà esso tagliare nello stesso a suo piacimento? Guglielmo da Cunio pone quest'esempio. Tu avevi i tuoi beni presso il mio bosco, ed ingiustamente prendevi legna da esso; ti sei assentato, e dicesti a' tuoi servi che tagliassero come facevi tu; essi fecero come fu loro ordinato ed ingiustamente. Che rimedio mi sarà dato? Rispondo, che si agisca contro questi soltanto, e se essi chieggono una proroga per avvertire il padrone, si concederà, e se non verrà, si condanneranno; e se non hanno con che pagare, si proceda nel resto esecutivamente contro il padrone; e questo caso si dice notabile, perchè può avvenire di fatto quotidianamente (*o*).

XVII. Si chiede in undecimo luogo: che di diritto, se un soldato vuole raccorre legna nel bosco d'un altro? Vedi ciò che dice lo Ostiense (*p*).

XVIII. In 12.° luogo si dimanda: se nel bosco altrui vengono presi capriuoli, cervi od altri animali, ignorandolo il padrone od opponendosi, appartengono essi a chi li prese od al padrone del bosco; e può questi ritenerli di propria autorità? Vedi Angelo ed i Dottori (*q*).

XIX. Si dimanda in 13.° luogo, se alcuni villani dicono di aver usato del bosco per un tempo sì lungo, di cui non resta memoria in contrario, giova ad essi il dire di aver acquistato il diritto d'usufruire di quel bosco? Tale questione è formata da Cino,

Digitized by Google

detur dicere quod non: quia usufruct. perditur longissimo tempore (1), *ergo eo tempore quo perderetur, non acquiritur* (2), *et tamen cautela est, ut rustici non dicant se habere vel acquivisse, jus utendi fruendi: sed dicant sibi constitutam fuisse servitutem per jus: vel habere jus quod possint incidere ligna in dictò nemore quandocumque* (3). *Et ad probandum istam constitutionem servitutis vel juris, allegent et probent se usos fuisse dicto jure accipiendi ligna per tantum tempus, cujus initii memoria non existat: quia tale tempus habet vim constitutionis, et tit. seu privilegii* (4), *imo plus allegando titulum, et probando possessionem vel quasi, per 10. ann. inter praesentes, et 20. inter absentes, probaretur titul. et servitus constituta* (5).

XX. *Quaeritur 14. et ultimo, si rustici vel alii habent usum nemoris alieni: puta quia in eo consueti sunt accipere ligna longissimo tempore, quando expiret usus* (6).

e sembra che no, perchè l' usufrutto si perde col lunghissimo tempo; dunque in quel tempo in cui si perde, non si acquista. Nondimeno è buona cautela, che i villani non dicano di possedere, o di avere acquistato il diritto d'usufruire; ma dicano che loro fu costituita la servitù per diritto, o di avere il diritto di tagliar legna nel detto bosco quando vogliono. E per provare sì fatta costituzione di servitù o del diritto, alleghino e provino di aver usato di tal diritto di prender legna per tanto tempo, di cui non resti memoria; perchè questo tempo ha forza di costituzione e di titolo o di privilegio. Anzi allegando il titolo, e provando il possesso o quasi-possesso di 10 anni tra' presenti, e di 20 fra assenti, proverebbero il titolo e la servitù costituita.

XX. In 14.° ed ultimo luogo si chiede: se villani od altri hanno l' uso dell' altrui bosco, per esempio, perchè costumarono tagliar legna in esso per lunghissimo tempo, quando finisce sì fatto uso? Vedi Cino ed i Dottori. (*r*)

(1) *L. corruptionem, C. de usufruct.*
(2) *Facit l. Titiò cum moriatur, D. de usufr.*
(3) *Juxta l. 3. in princ. D. de serv. rust. praed.*
(4) *L. hoc jure, § ductus aquae, D. de aqua quot. et aestiv. et cap. super quibusdam, § praeterea, de verb. sign. et ca. 1. de praesor. lib. 6.*
(5) *Ut probatur per gloss. in l. servit. praed. et ibi Doct. ff. de serv. et per gloss. Bart. et Doct. in l. 1. § denique, 23. D. de aqua plu. arcend. et per ea quae habentur per gloss. et Doct. in l. qui in alien. § sed si non adierit, D. de acqu. haer. et per gloss. et Canonist. in c. pervenit, extra, de censib. et adde quae dixi supra in tit. de servit. acquaeduct. vers. circa tertium, quando nulla est conven.*
(6) *In d. l. fin. in 4. quaest. C. de praescript. long. temp.*

(*) *Venae.* Vena unica dicitur etiamsi sub pluribus fundis continuata, et communis est omnibus dominis fundorum (1).
(**) *Actio pers.* Adde Spec. (2).
(***) *Concessi.* Concedo, id est, dono, si non appareat alia causa, ex qua conceditur (3), ubi etiam dicit sin. post. Abb. (4); quod si peto a te equum commodari, et tu dicis: Concedo, intelligitur scilicet in commodatum (5), quod verbum Concedo, est generale.

(*) *Vena.* La vena si dice unica, anche quando scorre sotto più fondi, ed è comune a tutt' i proprietarii dei fondi.
(**) *Azione personale.* Aggiungi lo Speculatore.
(***) *Concessi. Concedo* vuol dire *dono*, se non apparisce altra causa per la quale si conceda. Che se io ti chieggo un cavallo a prestito, e tu rispondi: concedo, s' intende venir dato a comodato. La parola *concedo* è poi generale.

(1) *Paulus Castrens. cons. 130. incip. in causa mota.*
(2) *De act. et pen. § 2. vers. et nota quod judicium, et vers. seq.*
(3) *L. uxor, § fin. ubi gloss. in vers. quod et Bart. in l. fin. D. de leg. 3. et plenus per Alex. in l. cum quidam, in fin. 3. col. D. si cert. pet. et in l. si pecuniam, 9. col. de cond. ob caus. et in l. si me putem, § 1. de cond. indeb. et in l. a Titio, de verb. oblig.*
(4) *In c. cum venerabilis de excep.*
(5) *Per c. pastoralis, de donat. adde gloss. in c. 1. de usuris, in 6.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XXII.

(*a*) I monti sono quelle grandi masse od ineguaglianze della terra che ne rendono la superficie non piana.

A me sembrerebbe ch' essendo un monte di estrema altezza potesse chiamarsi *montagna*: se di altezza mediocre, *monte*, e se di piccola elevazione, *colle* o *collina*.

Le parole monte e montagna, mi sembrano però in grammatica sinonimi.

Nei monti, nelle montagne, nei colli o colline vi può essere o nò coltivazione.

Non mi pare perciò che questa sia il segno caratteristico che distingua l'una o l'altra ineguaglianza della terra.

Digitized by Google

(*b*) Anche le pietre sono minerali.

Qui parlo però delle pietre, che non contengono materie da assoggettare al diritto regale sulle miniere secondo il § 3 della legge montanistica austriaca in vigore anche nel Regno lombardo veneto dal 1.° novembre 1857, come si ha dalla Ministeriale ordinanza 20 luglio di quell' anno.

Parlando di queste pietre che non sono minerali riservati allo Stato, esse come già avea detto l'articolo 7 del decreto italiano 9 agosto 1808 sulle miniere, sono anche adesso in generale in piena e libera disposizione del proprietario del fondo che può usarne senza che sia necessario nessun permesso dell'autorità dello Stato stesso.

E ciò per la ragione portata dal § 422 del Codice austriaco dal quale si vede che le pietre che stanno entro il fondo di un proprietario sono cosa di lui, locchè si vedeva nel Regno d'Italia eziandio dall'articolo 552 del Codice Napoleone pel quale ciò ch' è sotto al suolo è del proprietario di questo.

Quindi altri non può scavare pietre dal mio fondo, tagliarne ed asportarle senza averne acquistato in mio confronto diritto o senza che gliene abbia accordato permesso.

Io poi per oggetto di pubblica utilità e verso conveniente indennizzazione potevo per l' articolo 545 del Codice Napoleone e posso pel § 365 dell' austriaco essere astretto a lasciarle scavare nel mio fondo, tagliarle ed asportarle.

(*c*) Io posso come ho detto nell'annotazione *c* al Capo XXXI del Trattato I. tagliare pietre nel mio fondo però in guisa che le scaglie slanciate non cadano nel fondo altrui.

(*d*) La legge montanistica austriaca stabilisce che non si possano nè scavare, nè indagare minerali riservati nè nel fondo proprio, nè nel fondo altrui senza permesso dell' autorità delle miniere (§§ 5 e 6).

Quella legge (§ 17) stabilisce per quali fondi altrui onde indagar miniere vi voglia il permesso del proprietario del fondo, e per quali vi voglia l'approvazione della competente autorità amministrativa.

Lo scavo d'indagini di miniere sul fondo altrui ha luogo per la suddetta legge verso indennizzo (§§ 27 e seguenti).

Delle concessioni di fondi per imprese minerali e del risarcimento dei cagionati danni tratta il capitolo quarto della legge medesima.

Parlando poi delle pietre che non sieno minerali riservati, mi è bensì lecito scavarle nel mio fondo, ma non nell' altrui quando in confronto al proprietario di questo io non ne abbia acquistato diritto o non ne abbia ottenuto il permesso.

Dello scavo forzato di queste pietre per oggetto di pubblica utilità ho parlato in fine della precedente annotazione *b* al presente Capo.

(*e*) Pei §§ 1227, 1228 del Codice austriaco il marito è usufruttuario dell' immobile dotale e talora ne ha acquistato la proprietà.

In quest' ultimo caso gli appartengono come a proprietario le pietre scavate o tagliate da quel fondo non riservate allo Stato.

Come usufruttuario ha diritto pel § 511 su tutta la rendita ordinaria e straordinaria ed anche al prodotto netto delle miniere sotto l' osservanza per queste dei Regolamenti.

Mi sembra perciò che abbia diritto anche al prodotto delle cave di pietre non riservate allo Stato.

Pel § 1562 del Codice Napoleone il marito per beni dotali è astretto alle obbligazioni

Digitized by Google

» d'ordinario di salci, nocciuoli, castagni e betulle, alberi che impiegansi a varii usi e spe-
» cialmente a bruciare nelle campagne. *Cedui mezzani* sono quelli che tagliansi fra i 18
» ed i 20 anni, e danno carbone e legna da fuoco. Finalmente il taglio dei *grandi cedui*
» non si fa che tra i 25 ed i 40 anni e produce legna da fuoco pel commercio, minuto le-
» gname da fabbrica e da carradori e particolarmente legname da spacco. Giunto ai 40
» anni il bosco non dicesi più *ceduo* ma *vettone* o di *alto fusto*. »

« I boschi » dice il Lorenzoni nelle sue Instituzioni di diritto pubblico interno pel Regno lombardo veneto Tomo II § 918 sono o di *alto fusto* o *cedui*.

» I boschi d' *alto fusto* sono quelli che hanno per oggetto principale la coltivazione
» dei legnami da opera: i *cedui* quelli che si tagliano in determinati tempi per uso unica-
» mente di legna da fuoco. »

Bosco da pascolo è quello destinato al pascolo degli animali.

Bosco in generale secondo la suddetta Enciclopedia italiana a quella voce « è un tratto
» più o meno esteso di terreno intieramente coperto di soli alberi di una o più specie o
» di alberi ed arboscelli insieme.

Foresta per quella Enciclopedia a tal voce è quella « che comprende una più ampia
» regione popolata a ribocco dalla natura vegetale, anzi intieramente dominata da annose
» piante, e fra la natura senziente appena albergatrice di animali feroci. »

Parco secondo la Enciclopedia francese del Diderot e del d'Alembert a tal voce, è « una
» vasta estensione di terreno cinto da muri ove stanno rinchiuse della salvaggina o delle
» bestie selvatiche come cinghiali, cervi, caprinoli ecc. Nel parco si comprendono il nu-
» mero, la qualità e quantità di terre che si voglia, o coltivabili o da pascolo con piante ce-
» due o d' alto fusto. »

(g) 1.° Pel § 295 del Codice austriaco sono pertinenze di un bosco o foresta le piante e gli alberi sino a che non sieno separati dal suolo, e sono quindi cose immobili come questo.

Lo stesso dee dirsi anche per l' articolo 521 del Codice Napoleone.

Separati dal suolo, ossia abbattuti, non ne sono più pertinenza e divengono cose mobili.

Quindi se il bosco o la foresta sono cosa ipotecata la ipoteca si estende anche alle sue piante ed alberi, finchè non sono separati dal suolo, tanto pel § 457 del Codice austriaco, quanto per l'articolo 2118 n.° 1 del Codice Napoleone.

Separati dal suolo non sono più cosa ipotecata.

Il Nippel dice a ragione nel suo commento al suddetto § del Codice austriaco, che il diritto di pegno del creditore sui frutti non ancora separati e sugli utili non ancora percetti non impedisce al proprietario di separare i primi quando maturi e di esigere i secondi quando scaduti.

Aggiunge che il creditore se vuol realizzare il diritto di pegno a lui spettante anche sui frutti e togliere al debitore la facoltà di disporre degli utili della cosa, dee domandare il pagamento del credito nella via ordinaria di diritto, indi far inscrivere la sentenza ottenuta, o la convenzione stipulata, ed in pari tempo chiedere la costituzione di un sequestratario, che debba ricevere i frutti e le rendite.

Quello che vale pei frutti di un terreno, vale eziandio per le piante e pegli alberi di un bosco o foresta.

2.° Ciò trova appoggio nei principii, che il proprietario del bosco o foresta è proprietario eziandio, ed ha la disposizione delle piante e degli alberi che producono; che l'altrui diritto d'ipoteca su quei fondi non toglie al proprietario quella disposizione; che se la ipoteca si estende bensì anche a quelle piante ed alberi, ma finchè non sieno separati dal suolo, non vi si estende dopo separati; che se ciò è, la ipoteca non impedisce di separar-
[illegible] può tagliarli ed ab-

Digitized by Google

tario (se il creditore ipotecario non ha provveduto al proprio interesse nel modo esecutivo qui sopra accennato) date separatamente ad altri in pegno, tanto secondo la legge austriaca, quanto secondo la italiana uniformandosi alle regole di essa.

Che la nave fabbricata poi con quegli alberi e piante possa esser data in pegno, non mi pare soggiacer a dubbio.

In quanto alle navi ed agli altri bastimenti di mare, se possano essere risponsabili di crediti privilegiati, veggasi il titolo I, libro 2.° del Codice di commercio italiano, ritenuto in vigore nel Regno lombardo veneto dalla Patente di pubblicazione del Codice civile, 1.° giugno 1811, in quanto si discosti dalle norme contenute nello stesso Codice civile.

Veggasi eziandio il § 56 della nuova norma di giurisdizione contenziosa pel Regno stesso del 20 novembre 1852.

4.° Anticresi ossia pegno fruttifero di una nave o bastimento (cosa mobile) non è ammessa nè dall' articolo 2072 del Codice Napoleone, nè dal § 1372 del Codice austriaco.

Anticresi di un bosco o foresta (cosa immobile) è ammessa dal suddetto Codice Napoleone, ed è esclusa dall'austriaco.

Pei §§ 459 e 1372 di questo ultimo Codice, può essere però conceduto al creditore l' uso della nave o bastimento impegnatogli.

Ciò dovrebbe dirsi anche secondo il Codice Napoleone e pel Codice di commercio italiano, nei quali non ho trovato proibita la convenzione sull'uso della suddetta cosa mobile. Inoltre l'articolo 2082 del Codice Napoleone parlando di *abuso* del pegno, pare che permetta l' *uso* della cosa mobile impegnata, quando sia convenuto fra il creditore ed il debitore, e quando segua, come dice il § 1372 del Codice austriaco, in modo non nocevole a quest' ultimo.

h) Pel § 511 del Codice austriaco l' usufruttuario ha diritto a tutta la rendita ordinaria e straordinaria, e gli appartengono anche i tagli di legne osservati i regolamenti vigenti in quella materia.

Quei regolamenti sono per noi compresi nel decreto italiano 27 maggio 1812.

Veggansi poi gli articoli 590-594 del Codice Napoleone in quanto ai diritti dell' usufruttuario sul legname del bosco o foresta.

Qui giova poi notare che per Sovrana Risoluzione 12 settembre 1819 fu abolita la riserva o privilegio della R. Marina portata dal suddetto decreto sui boschi dei privati, e che gli alberi abbattuti dal vento pel § 511 del Codice austriaco non ispettano all'usufruttuario, perchè non sono legname tagliato, secondo i regolamenti forestali, mentre per l'articolo 592 del Codice Napoleone egli adopera per le riparazioni cui è tenuto gli alberi svelti od atterrati per accidente.

L' usuario d' un bosco o foresta parmi che in quanto al legname di essa abbia i diritti dell' usufruttuario, colla differenza però che il diritto di questo sta nel godimento illimitato, mentre il diritto di quello sta nell' uso ristretto ai bisogni come gli ho spiegati nell'annotazione *a* al Capo V del trattato I.

i) 1.° Se al locatore ereditario, all' enfiteuta, al superficiario, è proibito dal suo contratto di sradicare senza il consenso del direttario il bosco o la foresta, e di ridurla a prato, o a coltura, e di piantarvi viti od alberi fruttiferi, è chiaro che non può farlo senza quel consenso. Lo stesso dicasi se volesse sradicarne una parte per costruirvi una casa.

2.° Se il contratto porta che il canone debba esser pagato propriamente col legname di quel bosco o foresta, quegli utilisti non ponno sradicare il bosco o la foresta stessa per sostituirvi i suddetti generi diversi di coltivazione, perchè così non può essere pagato il

Digitized by Google

utilisti, impedisce o rende difficile al proprietario diretto la esazione del canone e delle altre convenute contribuzioni, o no.

Se sì, lo sradicamento per quell'oggetto non può esser fatto. Se no può essere fatto.

Lo stesso dicasi anche per lo sradicamento di una parte del bosco o foresta per fabbricarvi sopra una casa.

4.° Avendo il vassallo nel fondo, il possesso e la proprietà utile del bosco o foresta feudale, e stando i diritti essenziali del signore nella devoluzione alla estinzione delle linee chiamate, e nello esigere la fedeltà ed i servigi, parmi che il vassallo stesso possa sradicare quel bosco o foresta sostituendovi altro genere di coltivazione e costruirvi sopra una casa.

Anche il Richeri nel suo trattato dei Feudi tom. II, § 1525 osserva che il vassallo può « domum in praedio feudali aedificare quamvis ad cogendos fructus necessaria non » sit; » e che può eziandio « formam praediorum immutare si majori ex immutatione uti- » litas speretur. »

5.° Tutto ciò per la legge austriaca.

Per la legge italiana sotto l'impero della quale esistevano come ho detto in fine dell'annotazione *c* al Capo XIV del trattato I tutte le suddette divisioni del dominio degli immobili, non crederei che potessero farsi valere principii di diritto diversi da quelli dell'austriaca nelle quistioni delle quali qui mi sono occupato.

6.° Finalmente l'usufruttuario di un bosco o di una foresta non può sradicarla senza consenso del proprietario per ridurla a prato, o a coltura, e per piantarvi viti od alberi fruttiferi, nè costruire su una porzione di essa una casa per quanto ho detto nell'annotazione *k* al Capo XXXIX del trattato I.

k) Il retratto convenzionale pel Codice Napoleone può esistere anche per le cose mobili, come si vede dall'art. 1659 che parla di cosa in genere, e non soltanto d'immobili, e per l'art. 1660 non può stipularsi per più di 3 anni.

Pel § 1070 del Codice austriaco ha luogo soltanto per le cose immobili, e compete al venditore sua vita naturale durante soltanto.

Pel § 1068 di quest'ultimo Codice quando il contratto non porti più precisa determinazione, per la ricupera, la cosa esser dee restituita in istato non deteriorato, e naturalmente se vi ebbe deterioramento con colpa, e non senza colpa, e per mero effetto dell'uso naturale della cosa, il compratore dee risarcire il venditore ricuperante a senso della seconda parte del § 1069.

Lo stesso dice il Troplong pel diritto francese, osservando al § 738 del suo trattato sulla vendita, che chi acquista con facoltà di ricupera dee conservare la cosa da buon padre di famiglia, e che dee render ragione al venditore ricuperante di ogni deterioramento per sua colpa avvenuto *pendente conditione* e non più.

Quindi se nel patto di ricompera è stabilito che debba essere restituito propriamente bosco o foresta come fu venduto, il compratore durante il suo possesso non può sradicarlo.

O ciò non fu stabilito, ed allora il fondo esser dee restituito in istato non deteriorato.

Il compratore non può quindi sradicare il bosco o foresta se ciò lo deteriora, e facendolo dee risarcire il venditore del danno come ho detto di sopra.

Se lo sradicamento invece lo migliora, il compratore può farlo, e facendolo, il venditore ricuperante dee rimborsarlo come prescrive la prima parte del § 1069 del Codice austriaco.

In quanto al Codice Napoleone veggasi la prima parte dell'articolo 1673 di esso.

Digitized by Google

m) 1.° La quistione se il locatore ereditario, l' enfiteuta, il superficiario, ed il vassallo nel fondo possano sradicare gli alberi fruttiferi viventi dell'immobile del quale hanno l' utile dominio, può decidersi secondo quanto ho detto ai numeri 1, 2, 3, 4, 5 dell' annotazione *i* al presente Capo.

2.° In quanto al decadimento del locatore ereditario, dell' enfiteuta e del superficiario nel caso in cui senza averne facoltà avessero sradicato gli alberi fruttiferi viventi dell'immobile del quale hanno il dominio utile, veggasi specialmente il § 1130 del Codice austriaco.

Quel decadimento poi avrebbe luogo in ogni caso, quando fosse convenuto col proprietario diretto.

3.° In quanto al vassallo nel feudo, per quello che ho detto al n.° 4 dell'annotazione *i* al presente Capo, sembrami che possa sradicare gli alberi fruttiferi viventi dell' immobile feudale, però sostituendone altri, e che facendolo così non decada dal feudo.

Che se quello sradicamento senza sostituzione può considerarsi come un deterioramento grave, allora il vassallo potrebbe decadere dal feudo, come osserva il Richeri nel trattato dei feudi tom. II, §§ 1946-1948.

4.° L' usufruttuario di un immobile, se anche fosse il marito per l'immobile dotale, non può a mio parere e per le disposizioni di legge che ho accennate nell' annotazione *i* al Capo XXXIX del trattato I, sradicarne gli alberi fruttiferi viventi e senza l'assenso del proprietario.

Ciò sembra emergere anche dall' articolo 594 del Codice Napoleone pel quale appartengono all' usufruttuario i soli alberi fruttiferi che muojono, o quelli che sono svelti o spezzati per accidente, col peso di surrogarne altri, e non quindi i viventi che non essendo suoi non può sradicare.

Ma se gli sradica senza quell'assenso, è egli decaduto dall' usufrutto?

5.° Pel § 520 del Codice austriaco portando lo sradicamento di quegli alberi *pericolo* alla sostanza della cosa, l'usufruttuario in genere dee dar cauzione, e se non la dà ceder dee l'immobile al proprietario verso equo compenso, o quell' immobile secondo le circostanze viene sottoposto ad amministrazione giudiziale.

L'obbligo della cauzione in quel caso di pericolo, ove si tratti dell' immobile dotale, e del marito usufruttuario in ispecie è portato anche dal § 1245 del suddetto Codice. Non venendo data, pare che debba applicarsi la disposizione del § 520.

Per l'articolo 601 del Codice Napoleone, ogni usufruttuario in genere presta cauzione di usufruire da buon padre di famiglia, e quindi di non sradicare gli alberi fruttiferi viventi, meno chi n'è dispensato dal titolo dell' usufrutto, e meno il padre e la madre che hanno l' usufrutto legale dei beni dei loro figli e meno il venditore ed il donatore che si sono riservati l' usufrutto.

E se l'usufruttuario obbligato a cauzione non la trova, gl' immobili sono dati in affitto, o messi sotto sequestro per l' articolo 602.

I fitti ne vengono passati all' usufruttuario stesso.

Nel caso di sequestro, pare che detratte tutte le spese, le rendite o in natura o ridotte per vendita in denaro gli debbano essere corrisposte.

Finalmente per l'articolo 618 del Codice Napoleone l' usufrutto può cessare per l'abuso che facesse l' usufruttuario del fondo, deteriorandolo, come avverrebbe se ne sradicasse gli alberi fruttiferi viventi.

Lo stesso valer dovrebbe in tutto anche pel marito in ispecie, quando sia usufruttuario dell' immobile dotale, e ciò per l'articolo 1562, che lo astringe a tutti i doveri dell' usufruttuario in genere.

Digitized by Google

2.° Se altri, od i di lui servi per suo ordine taglino senza diritto o permesso legne nel mio bosco o foresta, io avrò contro essi i rimedii legali che ho come proprietario contro chi si arrogasse la servitù di tagliar legne in quella mia proprietà. Veggasi quanto su quei rimedii ho detto nell'annotazione *d* capo II del Trattato I.

(*p*) Anche un soldato è soggetto alle leggi dello Stato al quale serve. Dunque senza diritto o permesso del proprietario non può raccogliere legne nel bosco o foresta di questo.

(*q*) Alla domanda fatta dal Cipolla, se venendo presi nel bosco altrui capriuoli, cervi od altri animali ignorandolo od opponendovisi il padrone di quel bosco, essi appartengano a chi li prese, ovvero a quel proprietario, e se questi ritenerli possa di propria autorità, parmi di avere risposto nelle annotazioni *a*, *b*, *c* al capo XXI del presente trattato, in quanto all'appartenenza dell'animale preso.

Non mi sembra poi, che se quell'animale preso dal cacciatore spetta non a lui ma al proprietario del bosco, questi, se quello non vuol lasciarglielo, possa portarglielo via di propria privata autorità.

Mi sembra invece che debba ricorrere all'autorità del giudice per farglielo cedere, e per indennizzarsi del danno che provasse di avere sofferto.

(*r*) 1.° Quando taluno non abbia se non il diritto di tagliar legne nel bosco o foresta altrui, non mi pare che ne sia usufruttuario, nè pel § 509 del Codice austriaco, nè per l'articolo 568 del Codice Napoleone.

2.° La servitù di tagliare quelle legne è per l'articolo 688 del Codice Napoleone discontinua: dunque per l'articolo 691 non può stabilirsi che mediante titolo (documento scritto), e per l'articolo stesso un possesso anche immemorabile se non è sussidiato da qualche titolo non basta a farla acquistare.

Pel § 1477 del Codice austriaco quella servitù si acquista per usucapione pel possesso di 30 o 40 anni, senza obbligo di produrre titolo, e senza che il possessore provar debba la sua mala fede.

Pel Codice Napoleone, il possesso sussidiato da titolo aver dee la durata e le qualità da me esposte nell'annotazione *a* del capo XX del Trattato I.

Pel Codice austriaco, il possesso di 30 o 40 anni non avente bisogno di titolo dee però avere le qualità che ho egualmente esposte in quell'annotazione.

Quando taluno sia in un possesso del diritto di tagliar legne nel bosco o foresta altrui che abbia la durata e le qualità che nella suddetta annotazione ho esposto secondo i Codici Napoleone ed austriaco, avrà acquistato per prescrizione (usucapione) la relativa servitù prediale.

Questa poi finirà ossia si estinguerà totalmente secondo quei due Codici nei modi da me spiegati nelle annotazioni al Capo XXIV del Trattato I.

3.° Quando una persona fisica o morale abbia legalmente acquistato non già diritto di tagliar legne nel bosco o foresta altrui a vantaggio di un proprio fondo, vale a dire non già diritto di servitù prediale, sibbene e soltanto di tagliar quelle legne pel proprio interesse dirò così individuale, e pel proprio bisogno, come l'ho spiegato nell'annotazione *a* al Capo V del Trattato I, allora a mio parere quella persona avrebbe una specie di diritto d'uso secondo l'articolo 628 del Codice Napoleone e secondo il § 504 del Codice austriaco una specie di servitù personale d'uso su quel bosco o foresta.

Quel diritto di uso pel primo e quella personale servitù di uso pel secondo dei suddetti Codici, la suindicata persona fisica e morale potrà far valere e non un diritto di servitù prediale.

Fra i modi legali coi quali finisce il diritto di uso pel Codice Napoleone havvi come ho detto in fine dell'annotazione *a* al Capo III del Trattato I la morte naturale o civile del concessionario, e quando questo non sia un particolare, ma p. e. una persona morale, l'espiro di un trentennio.

Da ciò sembrami venirne, che per quel Codice il diritto di uso del bosco altrui per tagliarne legne, può essere acquistato da un particolare ossia da una persona fisica mediante possesso di 30 anni secondo l'articolo 2262 del Codice stesso, possesso che abbia però le qualità che per l'articolo 2229 e seguenti sono necessarie ad indurre la prescrizione.

Sembrami pure venirne che quel diritto d'uso del bosco altrui, se per una persona

Digitized by Google

morale cessa allo spirar del trentennio, non possa essere acquistato col suddetto possesso di 30 anni.

Se invece pel § 529 del Codice austriaco la servitù personale di usare del bosco altrui per tagliarvi legne, cessa fra gli altri modi di estinzione, colla morte del concessionario se è un particolare, o con quella de' suoi successori legittimi o della sua famiglia se esteso agli uni od all'altra, e se trattandosi di concessionario che sia una persona morale cessa col cessar essa di esistere, sembrami venirne che una persona fisica o morale possa acquistare la suddetta servitù col possesso di 30 o 40 anni secondo il § 1477 di quel Codice.

Le qualità poi che aver dee quel possesso per indurre la prescrizione (usucapione) della suddetta servitù personale di uso pel Codice austriaco, sono quelle che sono necessarie per usucapire le servitù prediali.

Ne ho parlato nell'annotazione *a* al Capo XX del Trattato I.

Digitized by Google

CAPUT XXIII.

DE COLLIBUS.

I. *Collis quid sit, et unde dicatur.* — II. *Mons a colle in quibus distinguatur.*

Vidimus de montibus in genere: verum quia colles etiam montes dicuntur, (scribitur enim, est montis collis) ideo de ipsis etiam collibus dicendum est (1).

I. *Proprie autem collis dicitur a colendo, quasi mediocres montes qui coluntur, ut exponit gloss. scripturae divinae sub Psalmo David*, c. 13. vers. illo: Montes exultaverunt ut arietes, et colles sicut agni ovium. *Sunt enim montes magnae altitudinis, et communiter inculti. Colles vero mediocris altitudinis, et communiter sunt culti, et intelligo colles habentes altitudinem propriam, non continuatam cum montibus habentibus majorem altitudinem. Si enim continuarentur, tunc si essent culti, dicerentur pendices montium. Horum causa in nonnullis partibus locus magnae altitudinis licet cultus, dicitur mons: et locus parvae altitudinis licet incultus, dicitur collis.*

II. *Distinguitur autem mons a colle altitudine, vel cultura ex aestimatione colentium* (2), *et propterea per coelum figurantur hi qui suae vitae sublimitate supra caeteros gradiuntur, per montes hi figurantur, qui non sunt altae vitae, per colles homines intelliguntur inferioris vitae* (3).

CAPO XXIII.

DEI COLLI.

I. Che cosa sia il colle, e perchè si chiami così. — II. In che si distingua il monte dal colle.

Parlammo de'monti in genere; siccome poi i colli si appellano anche monti (difatti si scrive colle del monte), così diremo alcuna cosa anche di essi.

I. Propriamente colle si dice da *colere* (coltivare), quasichè i colli fossero monti mezzani che si coltivano, come spiega la glossa della Sacra Scrittura nel salmo di Davide c. 1.° *I monti esultarono come arieti, ed i colli come agnelli di pecore.* Imperocchè i monti sono di grande altezza ed ordinariamente incolti; i colli poi di mediocre altezza e comunemente coltivati; ed intendo de' colli che hanno un' altezza propria, non continuata coi monti aventi una altezza maggiore. Avvegnachè se fossero continui, allora, essendo coltivati, si chiamerebbero pendici di monte. A cagione di ciò in molte parti un luogo di grande altezza, ancorchè colto, s' appella monte, ed uno di piccola altezza, sebbene incolto, si chiama colle.

II. Si distingue poi il colle dal monte per l' altezza o per la coltura, secondo la stima de' coltivatori; e però si raffigurano al cielo quelli che emergono sopra gli altri per la sublimità della loro vita; si paragonano a' monti quelli che sono di alta vita, ed a' colli quelli di vita inferiore (*a*).

Digitized by Google

CAPUT XXIV.

DE VALLE.

I. *Vallis quid dicatur.* — II. *Aequalitas plani qualis esse debeat.* — III. *Plani appellatione quid contineatur.* — IV. *Vallis impropria qui dicatur.*

I. *Vallis dicitur locus collibus vel montibus circumdatus, a vallo, vallas, quod est circumdo: et est locus planus parvae vel mediocris magnitudinis, planus vero dicitur a graeco quod est latum seu latitudo, secundum Hugo; dicitur enim planicies, id est, coaequalitas, secundum Papiam. Duo ergo requiruntur, primum quod sit latum, secundum quod sint ejus partes aequales, id est, aequaliter planae, ita quod una aliam non superexcedat. Distinguitur itaque vallis a plano ex circumdatione: potest enim planus esse non circumdatus montibus, nec altitudine alia. Item differt a latitudine, quia si sit locus parvae latitudinis montibus, vel collibus circumdatus, dicitur vallis. Si autem est*

CAPO XXIV.

DELLA VALLE.

I. Quale si dice esser *valle.* — II. Quale debba essere l'eguaglianza del *piano.* — III. Che cosa sia compreso nel nome di piano. — IV. Quale si dice *valle* impropriamente.

I. *Valle* si chiama un luogo circondato da colli o da monti, da *vallo, vallas,* che significa *circondo;* ed è luogo piano di piccola o mediocre estensione. *Piano* poi deriva dal greco, e vuol dire *largo* o *larghezza,* secondo Ugolino. Si appella anche pianura cioè eguaglianza, secondo Giovanni da Pavia. Dunque due cose occorrono: 1.° che sia largo, 2.° che le sue parti siano eguali, così che una non sopravanzi l'altra. Si distingue poi la valle dal piano per la circoscrizione, imperocchè il piano può non essere circondato da monti, nè da altra altura. Così pure differisce per la larghezza, perchè se è un luogo di poca larghezza, circondato da monti o da colli, si chiama *valle,* se poi è di grande larghezza, si ap-

Digitized by Google

gat (1). *Notabiliter autem in unam partem vergere probabiliter dici potest, quando inde aqua multum de terra aufert, ita quod usum et culturam deteriorem faciat* (2). *Fossae autem agrorum, et viarum, et ripae ipsius plani sunt, et loquor de plano tali: ut si de plano Tyberis loquamur sicut enim fossae quae sunt in fundo, fundi sunt: ita quae sunt in totali plano, sunt plani* (3), *et sic statuta quae loquuntur in his quae in plano Tyberis committuntur, locum haberent etiam in his quae in dictis foveis et ripis committuntur.*

III. *Quid ergo si committeretur in eo loco, qui per attractionem aquae versus flumen vergit, an in plano Tyberis dicetur commissum? Videtur quod non, dicit enim* (4) *ex quo a plano vergere incipit; sed dictio, a separationem denotat* (5): *ergo ille locus sic vergens, est separatus et distinctus a plano. Dic si quaeratur an talis locus appellatione agri contineatur, et dicendum est quod non, per rationem praedictam. Si vero quaeritur an totalis plani Tyberis appellatione contineatur: advertendum est, si quoddam flumem planum vadit, ita ut ab utraque parte fluminis planum Tyberis appelletur: quod in dicto loco fieret, in plano factum esse diceretur, quinimo etiam quod in ipso flumine fieret, in tali plano sub dotali appellatione nominato factum esse diceretur, cum enim in ipsum flumen aditus et exitus, aliter quam per ipsum flumen non habeatur, merito ipsius plani appellatione continetur, ut in simili in multis casibus jura dicunt. Sic etiam ager, cum totos qui sunt in utreq. parte, unius plani appellatione continent: ergo et ipsum flumen alias flumen medium, divideret, nec esset unus planus, sed plures* (6). *Facit ad hoc, quia quod fiat in aqua putei, in ipsa re factum videtur* (7). *Sed ibi etiam Bart. dicit, quid si alia parte fluminis essent montes vel colles, dicit quod ille locus propter aquae attractionem urgens, plani appellatione non continetur: sed ibi planus desinit, et locus ille ripae fluminis cedit* (8): *etiam si ipsum flumen aliunde habeat aditum* (9).

inclina molto da una parte, allorquando la acqua trascini seco molta terra, così che renda difficili l'uso e la coltivazione. I fossi dei campi e delle strade, e le rive appartengono allo stesso piano; e parlo di tale piano, come se parlassimo del pian di Tevere; imperocchè siccome i fossi, che sono nel fondo, spettano al fondo, così quelli, che sono in tal piano, appartengono ad esso. E però gli statuti che parlano di quei fatti che si commettono nel pian di Tevere, procedono eziandio per quelli che sono commessi nelle sue fosse e rive.

III. Che dunque di diritto se si commettono in quel sito, che per attrazione dell'acqua pende verso il fiume? si diranno forse commessi nel piano di Tevere? sembra che no; imperocchè la legge penultima *ff. de flumine* dice: dacchè comincia a declinare dal piano; ma la parola *dal* significa separazione; dunque quel luogo così inclinato è separato e distinto dal piano. E se si domandi se tale luogo sia compreso nel nome di podere, rispondi che no, per la ragione predetta. Se poi si chieda se sia compreso nel nome dell'intero piano di Tevere, è da avvertirsi, che se alcun fiume scorre piano, così che da entrambe le parti di esso si chiami piano di Tevere, ciò che si facesse in tale luogo, si direbbe fatto nel piano, avvegnachè sebbene si facesse nello stesso fiume, tuttavolta direbbesi esser fatto in questo piano chiamato con sì fatto nome; ed invero siccome l'ingresso e l'uscita per detto fiume non possano avvenire se non per detto piano, a buon dritto esso va compreso nel nome di piano, come dicono i testi in molti casi simiglianti. Così pure, siccome il podere comprende tutto che sta dall'una e dall'altra parte sotto il nome di piano, così sarebbe diviso per mezzo dal fiume, nè sarebbe più un solo piano, ma parecchi. Serve a sostegno di ciò, che quello che si fa nell'acqua del pozzo sembra fatto nella cosa stessa. Ma Bartolo dice, che se nell'altra parte del fiume vi fossero monti o colline, quel luogo non sarebbe compreso nel nome di piano in forza della potente attrazione dell'acqua; ma che ivi il piano finirebbe, ed il detto sito cederebbe alla riva del fiume, ancorchè questo altrove avesse lo ingresso.

Digitized by Google

IV. *Et adde praedictis, quod valles etiam dicuntur illae quae non sunt montibus vel collibus circumdatae, sed sunt in locis inferioribus vel concavis aquosis, et ut plurimum concavatis. De quibus dicam infra in elemento aquae in titulo de vallibus aquosis.*

IV. Ed aggiungi alle predette cose, che valli eziandio si chiamano quelle che non sono circondate da monti o da colli, ma si trovano in luoghi bassi o concavi ed acquosi, e, come per ordinario, approfondati. Delle valli acquose dirò alcun che a suo luogo (*a*).

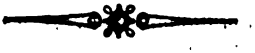
ANNOTAZIONI AL CAPO XXIV.

(*a*) La *Enciclopedia italiana* del Tasso alla voce *Valle* dice quanto appresso:

« Gli spazii od avvallamenti che separano le montagne e le colline portano il nome di » *valli*. Allorchè questi spazii sono di grande larghezza e di lunghezza considerabile e » vengono solcati da fiumi più o meno notevoli, si denominano *bacini*. Spesso pure, quan- » do estendonsi da lungi in ampiezza, senza presentare osservabili ineguaglianze od alte- » re, ricevono il nome di *pianure*. Se gli avvallamenti in discorso sono angusti, profondi » e guerniti di rapidi dirupamenti acquistano la qualificazione di *gole*, e se sono formati » dai fianchi rotondi di alcune colline, non si chiamano che *vallette*.

Veggasi del resto quella *Enciclopedia* alla suddetta voce.

Delle valli acquose dirò alcun che a suo luogo.



Digitized by Google

CAPUT XXV.

DE AQUA.

I. *Aquae servitutis materia.* — II. *Quicquid solo super ponitur, ipsi cedit: secus tamen in aqua.*

I. *Aqua secundum nos est elementum, ideo post terram; de aqua consequenter pro majori nostra perfectione videndum esse putavi. Sed ut in omnibus ordinem servemus, prius a mari tanquam digniori exordium capiamus: post reliqua quae in primis ad servitutem aquae pertinent, ut etiam ordo requirit, breviter perquiramus: si tamen prius unus dixerimus, quod in aqua mirabile videtur.*

II. *Nam licet regulariter quicquid solo superponitur, cedat solo* (1); *tamen secus est in aqua, quae est supra solum: quia tunc solum cedit aquae, quae supra imponitur* (2), *cujus est ipsum flumen, et est speciale in flumine, et in mari, et in certis aquis, in quibus locum habet jus alluvionis, secundum Bart.* (3) *et Bald.* (4).

CAPO XXV.

DELL' ACQUA.

I. Materia della servitù dell'acqua. — II. Ciò che si sovrappone al suolo, cede allo stesso; non così però nell'acqua.

I. L'acqua, secondo il nostro avviso, è un elemento; epperò stimai conseguente ed opportuno, dopo di aver parlato della terra, trattare dell'acqua per maggiore perfezione dell'opera. Ma perchè in tutto osserviamo l'ordine, principiamo dal mare, come dal più degno: poscia, poichè l'ordine stesso il richiede, brevemente consideriamo le altre cose, che spettano alla servitù d'acqua, notando prima nondimeno una cosa mirabile che si vede rispetto alla stessa.

II. Imperciocchè, sebbene di regola ciò che si sovrappone al suolo, ceda a questo, nondimeno avviene altrimenti per l'acqua, che sta sovra il suolo, perchè in tal caso il suolo cede all'acqua, che è sovrapposta. E questa cosa è speciale nel fiume, nel mare ed in certe acque, nelle quali ha luogo il diritto di alluvione, secondo Bartolo e Baldo (*a*).

Digitized by Google

Ma i chimici moderni provarono essere essa una sostanza composta dai due gaz idrogeno ed ossigeno.

Per lo scopo del mio lavoro non occorre che dica di più su essa, sotto ogni aspetto non giuridico.

Sotto l' aspetto giuridico poi:

1.° Il suolo che sta sotto l'acqua, vale a dire il letto o fondo di essa è un di lei accessorio perchè come ho detto nell'annotazione *e* n.° 1 al Capo IV del presente trattato parlando delle acque correnti pubbliche e private l'alveo o letto, segue la natura dell' acqua, come questa segue la natura di quello.

2.° L'acqua che sta sotto il suolo appartiene finchè vi sta al proprietario di questo per quanto ho osservato nell'annotazione *d* al Capo XLVII del Trattato I.

3.° Il suolo che sta sopra l'acqua ora è accessorio di essa ed ora non lo è.

Così è accessorio di un'acqua corrente pubblica o privata la isola che vi si forma.

Tanto è vero che se l' isola è in acqua pubblica cioè navigabile od atta a trasporto essa appartiene allo Stato, perchè a questo appartiene quell' acqua, e ciò per l' articolo 560 del Codice Napoleone e pel § 407 del Codice austriaco.

Tanto è vero che se l'isola è in acqua privata cioè non navigabile ned atta a trasporto, essa pel § 561 del Codice Napoleone e pel suddetto § 407 del Codice austriaco appartiene ai proprietarii delle rive, perchè quell' acqua loro appartiene.

Così invece l'alluvione non è accessorio dell'acqua la quale la forma, perchè non ispetta a quell' acqua sibbene ai proprietarii lungo le rive cioè alla terra di queste, come si ha dall'articolo 556 del primo e dal § 411 del secondo di quei Codici.

Digitized by Google

CAPUT XXVI.

DE MARI.

I. *Mari, quod natura omnibus patet, servitus privata imponi non potest.* — II. *Domum quis vendere potest, hoc pacto, quod emptor ibi talem artem exercere non possit.* — III. *In mari vel maris in littore an quis aedificare valeat: et an aedificium suum efficiatur, et quando.* — IV. *Civitates in mari fundatae ipsorum aedificantium sunt.* — V. *Mare, vel aliquem maris usum, aut jurisdictionem, an aliquis praescribere valeant.* — VI. *Mare an aliquis tanto tempore praescribere possit, cujus initii memoria in contrarium non extet.* — VII. *Veneti, qui sulphum maris Adriatici, cujus memoria in contrarium non extat, possederunt: ipsum mare quod ejus jurisdictionem praescripserunt, et similiter Januenses in mari suo.* — VIII. *Maris proprietas aliqua praescriptione vel consuetudine praescribi potest.* — IX. *Mare possedisse, vel quasi, vel aliquam in eo jurisdictionem habuisse, quomodo qui dicatur.* X. *Veneti mari Adriatico an possint imponere gabellas, et merces conductas contra Venetorum statuta confiscare.* — XI. *Mare, in quo aliquis non exercuit jurisdictionem, ut possit dicere ipsam praescripsisse: an licet non sit alicujus dominii ratione: an saltem quoad jurisdictionis jus alicujus, ut malefacta quae ibi committuntur, punire possit: et an gentes, quae ibi ad habitandum accedunt, possit judicare.* — XII. *Jurisdictio quanta sit in territorio mari cohaerenti, et usque ad quod spacium.* XIII. *Insula propinqua, vel modico spacio stare quae dicatur.* — XIV. *Milliaria centum per mare, est minus duabus dietis.* — XV. *Insula maris si esset in mari alto a qualibet regione distans ultra centum miliaria, quid juris.* — XVI. *Insula Sardiniae Italiae dicitur: licet ab Italia modico freto distet.* — XVII. *Jurisdictionem in terra habentes, habent etiam in mari usque ad centum milliaria tantum: ultra vero solum Imperatoris jurisdictio est.* — XVIII. *Papa si in mari moriatur, in illa civitate successoris electio fieri debet.* — XIX. *Imperator si mihi civitatem aliquam donaverit, omnes ejus pertinentias donare videtur.* — XX. *Delictum si esset commissum in mari inter duas civitates*

CAPO XXVI.

DEL MARE.

I. Non si può imporre una servitù privata al mare, che per sua natura è aperto a tutti. — II. Chiunque può vendere la casa a questo patto, che il compratore non possa ivi esercitare una data arte. — III. Se chiunque possa fabbricare nel mare o nel lido del mare, e se il fabbricato diventi suo, e quando. — IV. Le città fondate nel mare appartengono a quelli che le hanno fabbricate. — V. Se alcuno possa prescrivere il mare, o qualche uso del mare, o la sua giurisdizione. — VI. Se alcuno possa prescrivere il mare in tanto tempo del cui principio non resti memoria in contrario. — VII. I Veneziani, che possederono il golfo del mare Adriatico, non restando memoria in contrario, prescrissero la sua giurisdizione, e così pure i Genovesi nel loro mare. — VIII. La proprietà del mare si può prescrivere con qualche legge o consuetudine. — IX. In qual modo si dica che alcuno ha posseduto o quasi posseduto il mare, od avuta qualche giurisdizione in esso. — X. Se i Veneziani possano impor gabelle sul mare Adriatico, e confiscare le merci condotte contro gli statuti loro. — XI. Se quando il mare, nel quale nessuno esercitò giurisdizione, in guisa che si possa dire che è prescritta, sebbene per ragione di dominio non appartenga ad alcuno, o sia d'alcuno rispetto alla giurisdizione, possa questi punire i delitti che in esso si commettono, e se possa giudicare coloro che accedono per abitarlo? — XII. Quanta sia la giurisdizione sul territorio limitrofo al mare, e fino a quale spazio? — XIII. Quale si dica isola vicina o poco distante. — XIV. Cento miglia in mare sono meno di due diete. — XV. Che di diritto, se l'isola fosse in alto mare, distante da qualunque regione per oltre 100 miglia? — XVI. L'isola di Sardegna si dice appartenere all'Italia, sebbene sia discosta da Italia per un'braccio di mare. — XVII. Coloro che hanno giurisdizione in terra, l'hanno eziandio sul mare fino a 100 miglia soltanto; al di là poi la giurisdizione è del solo imperatore. — XVIII. Se il papa muore in mare, l'elezione del successore si deve fare nella vicina città. — XIX. Se l'imperatore mi dona una città, sembra donarmi anche tutte le sue pertinenze.

Digitized by Google

punctualiter aeque distantes, in cujus confinio ipsum delictum esse dicatur. — XXI. *Maris in eadem particula si plures habitent, vel ad ipsos pertineat, et ibi delictum commissum fuerit, quis primo cognoscere debeat.* — XXII. *Contentio si oriatur de his quae in mari gesta sint, vel ad mare spectent, qualiter judicandum, vel faciendum erit.* — XXIII. *Mare quid sit.* — XXIV. *Maris fines an reperiantur.* — XXV. *Mare qualiter designabitur.* — XXVI. *Territorii alicujus appellatione an etiam mare comprehendatur: et districtus per illam civitatem.* — XXVII. *Civitates maximae an etiam in mari districtus habeant.* — XXVIII. *In mari existens, quod per civitatem maritimam regitur, puta per Venetos, vel Januenses an extra districtum esse dicatur.* — XXIX. *Mare Rubrum an reperiatur.*

I. *Mari, quod natura omnibus patet, servitus privata imponi non potest* (1) *quia maris communis est usus omnibus hominibus, ut aeris* (2). *Sed a principe imponi servitus mari potest, ut dicit gloss.* (3). *Sed licet privatus in mari servitutem constituere non poterit, tamen se et suos haeredes per stipulationes vel contractus obligare potest, ut non nisi in aliqua parte maris liceat sibi vel haeredibus suis piscari, vel aliquid aliud facere* (4), *et idem intelligit ibi Paul. de Castr. in qualibet alia aqua publica, eadem ratione. Et eodem modo potest quis se obligare ad non impediendum alium privatum in aqua publica, vel loc. publ. aliquid facere, non erit tamen servitutis realis vel praedialis* (5).

II. *Et similiter potest quis vendere domum hoc pacto, quod emptor non possit ibi exercere tale artem, et valet ista conventio secundum Bart., Angel., Flor. et Dd.* (6) *et per Paul. de Castr.* (7). *Et his casibus non poterit promittens vel ejus haeredes contravenire suae promissioni: et sic contra factum suum proprium, quatenus interest ejus, cui facta est promissio, licet Respublica pro suo interesse possit contravenire* (8). *Sed ubi non est a principe mari servitus imposita, nec a privato aliqua obligatio constituta: tunc mare passim omnibus patet* (9) *usus com-*

XX. Se un delitto fosse commesso in mare fra due città egualmente distanti, ne' confini di quale di esse si dirà perpetrato? — XXI. Se parecchi abitano nella stessa particella di mare, o questa ad essi appartenga, ed ivi fosse commesso un delitto, chi primamente dovrà conoscere di esso? — XXII. Se nasca contesa circa ciò ch'è succeduto in mare o che spetta al mare, in qual modo si dovrà giudicare ed operare? — XXIII. Che sia il mare. — XXIV. Se si trovino i confini del mare. — XXV. In qual modo si determini il mare. — XXVI. Se il mare sia compreso nel nome di territorio di alcuno, ed il distretto in quello di città. — XXVII. Se le grandi città abbiano distretti anche nel mare. — XXVIII. Ciò che esiste nel mare, il quale è dominato da una città marittima, esempigrazia, dai Veneziani o Genovesi, si dice forse esser fuori del loro distretto? — XXIX. Se esista il mare Rosso.

I. Non può imporsi una servitù privata al mare, che per sua natura è aperto a tutti, perchè l' uso del mare, come quello dell' aria, è comune a tutti gli uomini. Bensì dal principe può essere imposta una servitù al mare, come dice la glossa. E sebbene il privato non possa costituire una servitù sul mare, nondimeno mediante stipulazione o contratto può obbligare se e gli eredi suoi, e pattuire che a nessuno, fuorchè a se ed agli eredi suoi, sia permesso di pescare o di fare alcunchè altro in qualche parte del mare. Lo stesso intendi rispetto a qualunque altra acqua pubblica per la medesima ragione. Nello stesso modo può ciascuno obbligarsi a non impedire un altro privato dal fare alcunchè nell' acqua pubblica o nel luogo pubblico (*a*).

II. Similmente può alcuno vendere la sua casa con questo patto, che il compratore non possa esercitare in essa una data arte, e questa convenzione è valida per opinione di Bartolo, Angelo, Floriano, Paolo di Castro e dei Dottori. Ed in questi casi il promittente o gli eredi suoi non potranno contravvenire alla promessa, e per conseguenza al fatto proprio, in quanto può venir danno a colui cui fu fatta la promessa; benchè la repubblica possa contravvenirvi pel proprio vantaggio. Ma qualora non sia imposta dal principe alcuna servitù al mare, nè dal privato costituita alcuna

Digitized by Google

tur nulla lege privata vel publica contradicente, vel in mari retia immittere vel educere, potest agere actione injuriarum (1), *imo potest quis in mari piscari etiam ante aedes meas, vel praetorium meum, nec ipsum prohibere possum, et prohibendo similiter teneor actione injuriarum* (2).

III. *Sed quaeritur nunquid in mari, vel littore maris, possit quis aedificare, et an aedificium efficiatur suum, et quando? et dic quod potest, et aedificium statim sit suum, cum pilas jactavit, nec requiritur rei perfectio* (3). *Nam ille est tuendus, qui in littore aedificat vel in mari.* (4) *ubi utitur verbo praesentis temporis, scilicet aedificat, ergo sufficit si in praesenti aedificet, et opus prosequatur, non autem est opus quod perfecerit, et ita vult Barthol.* (5) *ubi etiam declarat, quando quis dicatur opus prosequi. Et propterea dicit Bald.* (6).

IV. *Quod sic faciunt Veneti, qui sunt fundati in mari. et de jure gentium civitates fundatae in mari, sunt ipsorum aedificantium* (7); *et hac ratione dicit eleganter Bald. quod Veneti praetendunt libertatem* (*): *quia non aedificaverunt in solo alicujus, sed quis in solo jurisdictionali alicujus aedificat, illius dicitur subditus* (8). *Et praedicta vera intellige nisi in mari aliquid fiat quo portus statio, itervе navigantium deterius fiat* (9).

V. *Sed nunquid possit aliquis praescribere mare, vel aliquem usum maris, aut jurisdictionem? et videtur quod non potest praescribere tempore: quia loca jurisgentium longae possessionis praescriptione acquiri non possunt* (10).

VI. *Sed an possit praescribere tanto tempore, cujus initii memoria non existat? Et videtur similiter, quod non, quia ex quo mare est commune omnibus, ut dixi, ergo videtur quod contra infantes, et nondum genitos, quod impossibile est, praescribi posset: quia non valenti agere*

viene proibito di pescare nel mare, senza che alcuna legge pubblica o privata lo divieti, o gli sia impedito di gettar le reti o di trascinarle, può egli agire coll' azione d'ingiurie. Anzi può chiunque pescare nel mare, anche dinnanzi le mie case, o il mio pretorio, ned io posso proibirglielo, e se lo facessi, sarei tenuto coll' azione d' ingiurie (*b*).

III. Ma si dimanda, se chiunque possa fabbricare nel mare o sul lido del mare, e se il fabbricato diventi suo, e quando. Rispondi che si, e l' edificio immantinente sarà suo quando avrà piantate le pile, non richiedendosi che il lavoro sia compito. Imperocchè deve difendersi, secondo i testi, chi fabbrica nel mare o sul lido, e siccome quei testi usano del verbo *fabbricare* in tempo presente, così basterà che fabbrichi adesso e prosegua il lavoro, nè occorrerà che l'abbia compiuto. Così pure pensa Bartolo, il quale spiega in che modo e quando si dica che un lavoro è proseguito. E però dice Baldo,

IV. Che così fanno i Veneziani, i quali sono fondati sul mare, e che per gius delle genti le città fondate sul mare appartengono a coloro che le fabbricarono, e per questa ragione aggiunge, che i Veneziani pretendono la libertà (*); dappoichè non fabbricarono nel suolo altrui; ma se alcuno fabbrica nel suolo giurisdizionale di un altro, allora si dice suddito di quello. E le ora dette cose intendi esser vere, purchè nel mare non sia fatto alcunchè, per cui il porto, la darsena, il passaggio de' naviganti diventino peggiori (*c*).

V. Ma forse può alcuno prescrivere il mare, o qualche uso di esso, o la giurisdizione sovr'esso? Sembra che non lo possa in alcun tempo, perchè i luoghi di diritto delle genti non si possono acquistare colla prescrizione del lungo possesso.

VI. Ma si può forse prescrivere in tanto tempo, del cui principio non rimanga memoria? Sembra del pari che no, perchè essendo il mare comune a tutti, come dissi, sembra impossibile che si possa prescrivere anche rispetto agli infanti ed ai non generati; dacchè non corre prescrizione con-

Digitized by Google

praescribi non potest (1). *In contrarium videtur, quod imo tanto tempore possit acquiri: quia in mari ita est jurisdictio, sicut in terra* (2), *ergo praescribi potest* (3). *Item quia possessio vel quasi, cujus non existat memoria, habet vim tituli seu privilegii, aut juris constituti* (4). *Sed per titul. et privilegium possunt per principem concedi, ut quis etiam privatus habeat jurisdictionem in mari* (5), *ergo possessione vel quasi, dicti temporis per d. jur. Item quia mare et alia flumina per consuetudinem possunt praescribi et acquiri* (6), *ergo potuerunt etiam per possessionem tanti temporis, cujus non existat memoria, quae habet vim consuetudinis, praescribi* (7), *et ita tenet Bart. et Angel. et Doct.* (8) *et Bald.* (9).

VII. *Quod Veneti, qui gulphum maris Adriatici tanto tempore, cujus non extat memoria, possederunt, ipsum mare quoad ejus jurisdictionem praescripserunt, et similiter Januenses in mari suo* (10). *Sed praedicta intelligo vera, quando allegatur titul. seu privilegium Imperator. vel quod credat se, vel majores suos habuisse jus in mari* (11). *Secus si confiteretur se et majores suos nunquam habuisse aliquem titul. vel aliquod jus, sed tantum praescripsisse per dictum tempus, nam tunc non sufficeret: quia potius corruptela esset quam praescriptio* (12), *et quando longiori tempore possedissent tanto majori culpa tenerentur* (13), *quia licet praesumptio esset juris. et de jure, tamen admitteretur probatio in contrarium per confessionem partis* (14), *et quia essent in mala fide* (15), *et licet presumatur bona fides de 30. ann.* (16) *tamen contra istam prae-*

(1) *Arg. d. l. fin. in l. jura sanguinis, ff. de regul. jur.*

(2) *Ut not. in c. ubi periculum de elect. in 6. in vers. territorium.*

(3) *L. viros, C. de divers. officiis, lib. 12. et ita not. Bald. in rub. de rer. divis. in 2. colum.*

onde non puossi prescrivere. Sembra all'opposto, che anzi si possa acquistare in tanto tempo, perchè la giurisdizione ha luogo tanto nel mare che sulla terra, e però si può prescrivere. Del pari, perchè il possesso o quasi-possesso, di cui non resta memoria in contrario, ha forza di titolo o di privilegio o di diritto costituito. Ma però mediante titolo o privilegio il principe può concedere che alcuno, anche privato, abbia giurisdizione sul mare. Del pari, perchè il mare ed i fiumi per consuetudine si possono prescrivere ed acquistare; e però lo si possono mediante il possesso di tanto tempo, di cui non esista memoria, il quale ha forza di consuetudine. Così pensano Bartolo, Angelo, Baldo ed i Dottori.

VII. Dalle predette cose consegue, che i Veneziani, i quali possedettero il golfo del mare Adriatico per tanto tempo di cui non resta memoria, prescrissero quel mare rispetto alla sua giurisdizione, e così pure i Genovesi nel loro mare. Ma le dette cose intendo procedere, quando chi pretende alleghi un titolo o privilegio dell' imperatore, o quando creda che se stesso o i propri maggiori abbiano avuto diritto sul mare. Diversamente allorquando confessi che nè egli stesso, nè i suoi maggiori ebbero mai alcun titolo o diritto, ma sostenga di aver prescritto in forza del detto tempo, imperocchè allora questo non basterebbe, essendo ciò piuttosto una corruzione od abuso che una prescrizione; e per quanto maggior tempo avessero posseduto, di tanto maggior colpa sarebbero tenuti. Avvegnachè sebbene vi fosse una presunzione *juris et de jure*, tuttavolta sarebbe ammessa la prova del contrario mediante la confessione della parte, e si terrebbero in mala fede; e quantunque si presuma la buona fede dei 30 anni, nondimeno la mala fede

Angel. in l. fin. ff. de usucap. et in consil. quod incipit, thema super quo consilium quaeritur, etc. ita etiam tenet supra *in 1. lib. in 5. quaest. princ.* et ex praedictis sequitur.

(10) *Ut not. Doct. in dictis locis.*

(11) *Arnum. cor. quae not. Bart. in l. Celsus.*

Digitized by Google

sumptionem potest probari mala fides, maxime ex confessione partis possidentis.

VIII. *Item praedicta intellige quoad usum et jurisdictionem, non autem quoad proprietatem: quia illa non potest praescribi aliqua praescriptione vel consuetudine* (1), *quia sunt de jure gentium et publico, et in usu publico, ut mare, flumina navigabilia nullo tempore acquiruntur, nisi concessio Caesaris aut senatus intervenerit, et hoc tenet gloss.* (2) *quam sequitur Angel.* (3). *Sed hoc intelligo quando quis vellet se fundare in praescrip. simpliciter: sed si vellet se fundare in tit seu privilegio Caesaris, et ad ipsum probandum allegaret possessionem, vel quasi, tanti temporis, cujus non extat memoria, sufficeret etiam ad acquirendum dominium* (4).

IX. *Sed dubitari potest, quomodo quis dicatur possedisse, vel quasi, mare: vel aliquam in eo jurisdictionem? dic ille qui habet imperium in mari, dicitur mare possidere, quod patet per leges quae permittunt soli principi disponere de his* (5); *et ita eleganter notat Bart.* (6) *et idem in effectu tenet Bald.* (7), *quod tene menti: quia hoc allegavi contra Brixienses, quod lacus Gardae esset totus de territorio Veronensi, quia semper Veronenses et principes qui dominanti sunt Veronae exercuerunt imperium et jurisdictionem super toto lacu: et ita fuit judicatum per excelsum Consilium rogatorum Venetiarum, et idem dico de gulpho maris, quod custoditur per Venetos, et super illos exercuerunt atque exercent jurisdictionem in dicto gulpho, et ita etiam observatur.*

X. *Sed nunquid hoc praetextu possint Veneti navigantibus per mare Adriaticum in gulpho cum mercibus imponere gabellas, et confiscare merces conductas contra Venetorum statuta? Bald. format hanc quaestion.* (8) *et videtur quod non* (9). *Item*

può esser provata contro questa presunzione, massime col mezzo della confessione della parte che possede.

VIII. Così pure intendi le predette cose procedere rispetto all'uso ed alla giurisdizione, non già rispetto alla proprietà, perchè questa non può prescriversi con alcuna prescrizione o consuetudine, trattandosi di cose del diritto delle genti e pubblico, e di uso pubblico, come il mare ed i fiumi navigabili, i quali in nessun tempo si acquistano, se non vi è concessione di Cesare o del senato. Così la glossa, seguita da Angelo. Ma ciò intendo procedere, quando alcuno volesse fondarsi sulla prescrizione semplicemente; che se volesse fondarsi in un titolo o privilegio di Cesare, e per provarlo allegasse il possesso o quasi-possesso di tanto tempo, di cui non resta memoria, allora basterebbe eziandio per acquistare il dominio.

IX. Ma si può dubitare del come si dica che alcuno ha posseduto o quasi-posseduto il mare, o qualche giurisdizione sovr'esso? Rispondi: chi ha imperio sul mare, si dice possederlo, locchè si fa manifesto per le leggi che permettono al solo principe di disporre di esso. Così nota Bartolo elegantemente, e così in fatto pensa Baldo; locchè ricorda, perchè io ho allegato questa ragione contro i Bresciani, sostenendo che il lago di Garda è tutto nel territorio Veronese, essendochè sempre i Veronesi ed i principi che signoreggiarono Verona, esercitarono imperio e giurisdizione sopra tutto il lago; e così fu giudicato dall' eccelso Consiglio de' *Pregadi* di Venezia; e così pure io dico del golfo di mare che si custodisce da' Veneziani, e sopra il quale essi esercitarono ed esercitano giurisdizione, come eziandio si osserva oggidì.

X. Ma forse con questo pretesto possono i Veneziani impor gabelle nel golfo a quelli che navigano colle merci pel mare Adriatico, e confiscare le merci caricate contro gli statuti loro? Baldo forma tale questione; e sembra che no, perchè il diritto

Digitized by Google

quia jus confiscandi nulli competit, nisi principi (1). *In contrarium videtur, quod secundum Bald. totus mundus hodie hoc jure utitur, et derogatum est legibus contrariis* (2). *Item quia ista specialis confiscandi consuetudo speciali principis permissioni comparatur* (3). *Item quia Veneti in eorum imperio habent regalia, et jura fisci, nec superiorem saltem de facto, recognoscunt, ideo in mari praedicto possunt imponere gabellas, et confiscare merces, et bona, sicut in civitate Venetiarum: quia tantam jurisdictionem habent in mare, quantam in civitate Venetiarum, per ea quae not. Bart.* (4). *Sed ubi non esset ista consuetudo, vel ubi non haberent imperium, vel si haberent, recognoscerent ipsum a superiore, tunc non possent imponere gabellas* (5).

XI. *Quid autem de mari, in quo aliquis non exercuit jurisdictionem tanto tempore, ut possit dicere praescripsisse aliquam jurisdictionem an licet sit nullius ratione dominii, an saltem quoad jurisdictionis jus, sit alicujus, ut maleficia quae ibi ad habitandum accedunt, possit judicare? Ista quaestio formatur per Barthol.* (6) *qui dicit, quod pro decisione hujus quaestionis est videndum:*

XII. *An ille qui habet jurisdictionem in territorio cohaerenti mari, habeat jurisdictionem in mari, et usque ad quod spatium? et videtur dicere ipse quod non, quia mare commune est omnibus* (7). *In contrarium dicit esse veritatem: quia sicut praeses provinciae debet purgare provinciam malis hominibus per terram* (8), *ita per aquam* (9), *et ibi Barthol. dicit per illum textum: quod sicut quis potest punire delinquentem in suo territorio, ita delinquentem in mari, quod subijcitur illi civitati vel provinciae* (10), *et Angel.* in l. insulae Italiae. D. de judiciis, *qui dicit, quod per illam legem fuit decisum Pisis de consilio Barthol. quod delictum commissum in mari propinqui portis civitatis*

di confiscare non ispetta ad altri, fuorchè al principe. All' opposto sembra, che tutto il mondo, secondo Baldo, oggidì faccia uso di questo diritto, e vi sia derogato con leggi contrarie. Del pari, che questa speciale consuetudine di confiscare si equipari ad una speciale concessione del principe. Del pari, che i Veneziani nel loro dominio possedono le regalie ed i diritti del fisco, nè riconoscono alcun superiore, almeno di fatto; e però possono impor gabelle nel detto mare, e confiscare le merci ed i beni dei naviganti, come fanno nella città di Venezia, perchè tanta giurisdizione hanno sul mare quanta nella città di Venezia, per ciò che nota Bartolo. Ma qualora non vigesse sì fatta consuetudine, o non avessero imperio, o se lo avessero lo riconoscessero da un superiore, in tal caso non potrebbero impor gabelle.

XI. Che poi si dirà del mare, nel quale nessuno esercitò giurisdizione per tanto tempo, che si possa dire di averla prescritta? Si dirà forse che non appartiene ad alcuno per ragione di dominio, o che almeno rispetto alla giurisdizione sia di qualcheduno, così che questi possa gastigare i delitti che si commettono in esso, e giudicare coloro che vengono ad abitarlo? Tale questione è formata da Bartolo, il quale dice, che per deciderla deve osservarsi:

XII. Se quegli, che ha giurisdizione sul territorio limitrofo al mare, abbia giurisdizione anche su questo, e fino a quale spazio; ed egli sembra opinare che no, perchè il mare è comune a tutti. Al contrario poi dice essere una verità, perchè siccome il governatore della provincia ha dovere di purgare questa da malfattori di terra, così l' ha anche nel mare; e soggiunge che, come ogni principe o preside può punire chi delinque nel suo territorio, così può punire chi delinque in mare, qualor sia soggetto a quella città o provincia. Angelo poi dice, che in forza della legge *insulae Italiea ff. de judiciis* fu deciso a Pisa per consiglio di Bartolo, che il delitto commesso sul mare in un porto vicino alla città di Pisa, debba

Digitized by Google

Angel. si illa particula maris esset in remoto mari, si tamen nullo loco terrestri erat propinquior, ubi exerceretur imperium, debet Pisis puniri. Et idem dicit de aliis civitatibus, cum similis casus accideret (1), *quam dicit non esse alibi. Circa quod adde quae dicam in secu. quaestio. et hoc apparet secundum Bart.* (2), *multo magis habent etiam in insulis quae sunt in dicto mari. Insulae* (**) *enim illius provinciae propinquae quae modico spatio distant, illius provinciae esse dicuntur* (3).

XIII. *Quae autem dicatur insula* (***) *propinqua, vel modico spatio distare? dic secundum Bart.* (4) *vicinus enim tunc dicitur* (5), *ubi dicitur, quod in duas dictas non dicitur locus remotus.*

XIV. *Constat autem, quod centum miliaria per mare, est minus duabus dietis et quod usque ad centum miliaria dicatur locus propinquus, probatur* (6) *et hoc singulariter tene menti, quod habentes jurisdictionem in territorio cohaerente mari, dicuntur habere jurisdictionem etiam in mari. et in insulis quae sunt in mari vicino usque ad centum milliaria: et possunt ita capere et punire delinquentes in maria usque ad centum miliaria, sicut in terra in suo territorio. Quod not. quia habui de facto pro Januensibus contra Venetos: quin dominus Lauredani cepit Mauritium Catonium Januensem, qui capi non poterat. quia non erat in mari Veneticorum, et petebat 33. millia ducatorum pro damno sibi dato. Ego inter alias feci unam positionem, quod mare in quo captus fuerat, non erat propinquius alicui loco terrestri seu territorio: quum ipsi modo not. et confessus est creditor non potuisse capi, ex quo non erat in gulpho Venetorum; et allegavi Bart. et Angel. de quibus supra; propter quod de modico venerunt ad concordiam.*

XV. *Sed quid si insula maris esset in mari alto a qualibet regione distans ultra centum miliaria? Barthol.* (7) *dicit quod hoc casu non potest nobis dici vicina vel propinqua* (8).

anche quella particella di mare fosse in acque remote, tuttavolta qualora non fosse più propinqua ad alcun luogo terrestre, ove si esercita imperio, il delitto dovrebbe punirsi in Pisa. Lo stesso dice rispetto alle altre città, ove accadessero simili casi. Intorno a ciò vedi anche quello che dirò nella questione seguente; e Bartolo aggiunge, che se alcuno ha giurisdizione sul mare, molto più l' ha sulle isole che sono nel detto mare; imperocchè le isole (**) di una provincia, che distano poco da essa, si dicono appartenere alla stessa provincia.

XIII. Quale poi si dica isola (***) vicina o poco distante, vedilo in Bartolo; e dicono i testi, che non si chiama lontano quel sito che dista due diete.

XIV. È certo poi, che dugento miglia in mare sono meno di due diete, che fino alla distanza di 100 miglia un luogo si dice vicino; e (questo singolarmente rammenta), che quelli che hanno giurisdizione sopra un territorio propinquo al mare si dicono avere giurisdizione anche sul mare e sulle isole, che sono nel mare vicino sino a cento miglia, e possono quindi prendere e punire i malfattori sino a 100 miglia lontano, come in terra nel loro territorio. Locchè dèi notare, imperciocchè ebbi un caso di tal natura, in cui difesi i Genovesi contro i Veneziani; avvegnachè messer Loredano avesse preso Maurizio Catonio genovese, il quale non poteva esser preso, non trovandosi nel mare de' Veneziani, e chiedesse 33,000 ducati per risarcimento del danno. Io, fra le altre cose, sostenni in una posizione, che il mare in cui fu preso non era vicino ad alcun luogo di terra o territorio; la qual posizione io notai, ed il reo confessò che non avrebbe potuto prenderlo, poichè non era nel mare Veneto, ed allegai Bartolo ed Angelo in favore; donde avvenne che con poco si accordarono.

XV. Ma che di diritto, se l' isola fosse in alto mare distante da qualunque sito terrestre oltre a 100 miglia? Bartolo dice, che in questo caso non si può dire vicina o propinqua, e però conchiude, che

XVI. L'isola di Sardegna si dice appar-

Digitized by Google

modico freto distet. Si autem nec alteri insulae est vicina, tunc non possumus dicere, quod aliquis in ea habet jurisdictionem, nisi Imperator (****) *qui est dominus totius mundi* (1). *Unde dicit Bart. quod talis insula occupanti concederetur quoad dominium, sed si quoad jurisdictionem pro magistratu vel Rectore se gesserit absque principis jussu, intellige in illa insula remota, incidere in leg. Jul. majestat.* (2) *et hoc secundum jura civilia, sed secundum jus gentium gentes quae dictam insulam occuparent, facerent sibi regem* (3), *et illos manu regia regeret* (4), *et hoc servandum esset inter gentes, quando nec jure Romano nec alio iure utuntur.*

XVII. *Et ex praedictis not. Barthol. valentes habere jurisdictionem in terra, habere etiam in mari usque ad centum milliaria tantum: ultra vero quod sit solum jurisdictio Imperatoris, sed Angel.* (5) *et dixi* in quaest. praeced. *vult, quod habeant etiam jurisdictionem in mari et ejus insulis valde remotis, dummodo alii loco terrestri non sint magis propinquae* (6).

XVIII. *Unde ex hoc sequitur, si Papa moritur in mari, in illa civitate debet fieri electio successoris Papae secundum Joan. And.* (7) *et Angel.* (8).

XIX. *Item si Imperator donat mihi civitatem, videtur donare et omnes pertinentias, de quibus loquitur Innoc.* (9) *et tam in mari, quam in terra: quia mare sicut terra distinguitur* (10).

XX. *Sed quid si inter duas civitates punctualiter aeque distantes esset delictum commissum in mari? dic tunc dicetur esse commissum in confinio, quod est commune utrisque civitatis* (11). *Et ideo pariter ad utramque spectat cognitio criminis, et contractus, sicuti quando punctualiter in confinio plurium civitatum in terra delinquitur vel contrahitur* (12).

XXI. *Sed quid si in eadem particula maris plures habitent, vel ad inses*

per un buon braccio di mare. Se poi l'isola non è vicina ad alcun' altra, allora non possiamo dire, che alcuno in essa abbia giurisdizione all' infuori dell' imperatore (****) ch' è padrone di tutto il mondo. Laonde Bartolo dice che sì fatta isola si concederebbe al primo occupante rispetto al dominio, ma rispetto alla giurisdizione si reggerebbe per un magistrato o rettore al comando del principe; ed intendi di un' isola lontana, e ciò secondo il diritto civile. Ma secondo il gius delle genti, quelli che occupassero sì fatta isola, diventerebbero re di essa e potrebbero governarla con regia autorità; e ciò dovrebbe osservarsi da que' popoli, che non si regolano nè col diritto romano, nè con altro diritto. Dalle predette cose Bartolo deriva il notabile,

XVII. che quelli, che possono avere giurisdizione in terra, possano averla eziandio nel mare sino a cento miglia soltanto; e che al di là poi la giurisdizione spetta al solo imperatore. Ma Angelo, come dissi, vuole che abbiano eziandio giurisdizione sul mare e nelle sue isole molto lontane, qualora non siano più vicine ad alcun luogo terrestre.

XVIII. Laonde segue, che se il Papa muore in mare, nella città più vicina si debba eleggere il suo successore, secondo Giannandrea ed Angelo.

XIX. Del pari se l' imperatore mi dona una città, sembra donarmi anche tutte le sue pertinenze, tanto in mare, quanto in terra, perchè il mare come la terra si distingue.

XX. Ma che di diritto, se fosse commesso un delitto nel mare in un punto egualmente distante da due città? Rispondi: allora si dirà esser commesso nel confine, che è comune ad ambedue le città. E però egualmente ad amendue spetta la cognizione del delitto o del contratto, come allorquando vien commesso un crimine o stretto un contratto in terra nel giusto confine di più città.

XXI. Ma che, se nello stesso punto del mare abitino più persone, oppure ad esse an-

Digitized by Google

venisse intelligitur quantum ad imperium, qui delinquentem capit in mari. Nam per personalem capturam intelligitur jurisdictio esse praeventa (1).

XXII. *Sed si oritur contentio de his, quae gesta sunt in mari, vel ad mare spectant, qualiter erit judicandum vel faciendum? dic quod maris consuetudo servanda est* (2), *quod intelligit quando non repugnat juris legibus; et sic dicit debere intelligi* l. deprecatio. de l. Rhod. de jactu. *et quod maris consuetudo sit servanda, tenet Bald.* (3); *et hoc inducit in argumentum ad cursum bravii Venetorum, cum fieri debeat per mare, sicut usitatum est, et alii similiter per mare cum ballistis solent ludere, ut alibi consuetum est. Et vide apud Muranum, quae est prope civitatem Venetiarun ubi fiunt pulchra vitrea. Ultimo pro complemento a parte maris subiicio aliquas quaestiones: quae licet non tangant proprie servitutis materiam, utiles tamen erunt pro ipsius declaratione.*

XXIII. *Et primo quaero quid sit mare? Secundum Bart. in tractatu de insula, in prin. est collectio multarum aquarum salsarum; proprie enim mare ab amaritudine dicitur, et oportet ut cum mari contineatur, alias enim licet mare appelletur mare, tamen non est: sed potius stagnum vel lacus: et tunc est juris privati vel publici, ut de flumine dicitur.*

XXIV. *Secundo quaero, an reperiantur fines? Dic quod sic* (4).

XXV. *Tertio quaero, qualiter designabitur mare? dic per terram propinquam, cui mare magis adhaeret, et sub qua distinqui consuevit* (5).

XXVI. *Quarto quaero, an appellatione territorii alicujus civitatis comprehendatur etiam mare et districtus per illam civitatem? et videtur quod sic maxime in favorabilibus* (6).

tende aver prevenuto rispetto allo imperio chi primo ha preso il delinquente nel mare; avvegnachè mediante la cattura della persona si stimi essere prevenuta la giurisdizione.

XXII. Ma se nasce questione su quelle cose che fatte furono in mare o che spettano al mare, in qual modo si dovrà giudicare od operare? Rispondi, che deve osservarsi la consuetudine marittima; lo che intendi però allorquando non ripugni alle regole di diritto, e così deve interpretarsi la legge *deprecatio ff. de leg. Rhod. de jactu;* e che debba osservarsi la detta consuetudine sentenzia anche Baldo. E questo serve ad argomentare circa la corsa che fanno in mare i bravi dei Veneziani, com' è costume, ed a quella d' altri, che similmente sogliono giuocare sul mare con le baliste, siccome altrove suol farsi. E puoi veder esempio di ciò presso Murano, la quale isola è vicina alla città di Venezia, e dove si fabbricano bei vetri. Finalmente a compimento di ciò che risguarda il mare, soggiungo alcune quistioni, che sebbene non tocchino propriamente la materia delle servitù, tuttavolta torneranno a vantaggio per la spiegazione di essa (*d*).

XXIII. E primamente dimando, che sia il mare? Secondo Bartolo, è una raccolta di molte acque salse, e si dice poi mare in virtù della loro amarezza; ed è necessario che sia questa nell' acque; imperocchè altrimenti, sebbene si chiamasse mare, nondimeno non lo sarebbe, ma piuttosto sarebbe uno stagno od un lago, ed allora spetterebbe al diritto privato o pubblico, come si dice del fiume.

XXIV. In secondo luogo dimando, se il mare abbia confini? Rispondi che sì.

XXV. In terzo luogo dimando, in qual modo si determini il mare? Rispondi, mediante la terra vicina, alla quale esso è più aderente, e per la quale si suole distinguere.

XXVI. In quarto luogo chieggo se nel nome di territorio di alcune città sia compreso eziandio il mare, e se in quello di città si comprenda il distretto? E sembra che sì, massime nelle cose favorevoli.

Digitized by Google

XXVIII. *Sexto quaero, an existens in mari, quod regitur per civitatem maritimam, puta per Venetos, vel Januenses, dicatur esse ultra districtum? dic quod non, imo potest jus reddi, sicut Venetiis et Januae* (1).

XXIX. *Septimo et ultimo quaero, an mare Rubrum reperiatur? dic quod sic* (2). *Caetera circa materiam maris*, vide quae scribit Bart. in tractat. de insula, et quae dicam in tribus seq. tit.

(1) *Ut per Bald. in l. 1. C. de sent. ex peric. recit.*

(*) *Libertatem.* Veneti dicuntur de populo Roman. (1) nec recognoscunt superiorem ex praescriptione (2) et sunt domini maris Adriatici et littorum ejus, scilicet, in genere, non in specie: quia littora sunt civitatum adjacentium littori (3).

(**) *Insulae.* Insulae maris sunt subditae civitati magis vicinae (4) ubi etiam Bart. dicit de piratis se reducentibus ad insulas: quia conveniri possunt in civitate vicina insulae (5).

(***) *Insula.* Distans a terra ultra centum milliaria, nullius est, nisi occupantis (6).

(****) *Jurisdictio.* Imperator habet jurisdictionem generalem (7), ubi dicit, quod habet dominium generale et universale in omnibus rebus, sed non particulare (8).

(1) *Bart. in l. hostes, de captivit.*
(2) *Bart. ibi, et Bald. in l. 1. D. de rer. divis.*
(3) *Bald. in l. pen. C. de cond. in fer. et vide Bart. l. quominus, 2. quaest. de flumin, et l. sane, D. de injur. et Salic. in l. 3. C. de naut. foen. et per Bart. Caepol. in l. cum qui vectig. de verbor. significat.*
(4) *L. insulae, et ibi Dd. et Bart. D. de judic.*

XXVIII. In sesto luogo, dimando, se ciò che esiste nel mare, che è dominato da una città marittima, esempligrazia, dai Veneziani o Genovesi, si dica essere fuori del distretto? Rispondi che no, anzi può ivi amministrarsi giustizia, come a Venezia od a Genova.

XXIX. In settimo ed ultimo luogo, dimando, se esista il mare Rosso? Rispondi, che sì. Ciò che resta a dirsi su questa materia del mare, vedilo in Bartolo nel trattato *dell' isola* (e).

(2) *Text. est in l. si non sint, § fin. D. de auro et arg. legat.*

(*) *Libertà.* I Veneti si dicono discendere dal popolo Romano, nè riconoscono superiore per prescrizione; e' sono padroni del mare Adriatico e dei suoi lidi, cioè in genere, ma non in ispecie, perchè i lidi spettano alle città adiacenti.

(**) *Isole.* Le isole del mare sono soggette alle città più vicine; e Bartolo dice rispetto a' pirati che si ricovrano nelle isole, che possono esser convenute nella città più vicina all' isola.

(***) *Isola.* Quella che dista da terra oltre cento miglia, non appartiene ad alcuno, fuorchè a chi la occupa.

(****) *Giurisdizione.* L' imperatore ha una giurisdizione generale, e Baldo dice che ha un dominio generale ed uniuersale sopra tutte le cose, ma non già particolare.

(5) *Adde etiam Bart. in tract. Tyber. 2. part. de insula, in princ.*
(6) *Vide Bart. in d. tract. Tyber.*
(7) *Bald. in c. ad hoc in 4. col. de pac. jur. fir. et Bald. in l. 2. C. in quibus cas. col. lib.* 11.
(8) *Bart. Vide in extravag. ad reprim. verm. totius urbis, et Alex. consil.* 76. 2. *parte, et Abb. in c. venerabilem, de elect.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XXVI.

(*a*) Prego chi leggesse le annotazioni a questo Capo di voler rileggere quella alla lettera *b* del Capo XVI del trattato I, e specialmente la distinzione che ivi ho fatta tra il mare alto o pieno, ed il territorio marittimo di uno Stato.

1.° In quell'annotazione ho detto, che nè mare alto o pieno, nè territorio marittimo di uno Stato ponno essere da nessuno assoggettati a servitù secondo la legge civile.

2.° Chiunque abbia diritto di uso su quel mare o su quel territorio potendo rinunziare a quell'uso parmi che possa obbligarsi per se ed eredi a non pescare o a non fare qualche cosa d'altro sull'uno o sull'altro.

3.° Siccome tutti gli Stati e tutti gli uomini hanno l' uso comune del mare alto o pieno, e quindi non sono impediti di usarne, la stipulazione di non frapporre impedimento a quell'uso mi pare superflua.

Digitized by Google

su qualche costa austriaca dicesi *peschiera* il privato stesso rinunciar può a quel diritto e quindi può obbligarsi per se ed eredi a non impedire a taluno l' uso per la pesca dello spazio stesso.

(b) 1.° Ho detto nell' annotazione *c* al Capo XXXI del Trattato I, che se vendesi nel nostro Regno una casa col patto che il compratore non esercitasse in essa talun'arte vi potrebbe essere bensì in tal patto obbligo anche reale ma non vi sarebbe servitù nè prediale nè secondo il Codice austriaco personale.

2.° Intorno alla proprietà ed all'uso del mare alto o pieno, e del territorio marittimo di uno Stato ed alla pesca in essi parmi di aver detto abbastanza nella suddetta annotazione *b* al Capo XVI del Trattato I.

(c) 1.° Ho detto in quell'annotazione che il mare alto o pieno è libero, che nessuno ne ha la proprietà, e che tutti gli Stati e tutti gli uomini ne hanno l' uso comune.

Se nessuno ne ha la proprietà nessuno può farvi edifizii, se volesse e fosse possibile farli, perchè edificando farebbe atto di proprietario.

2.° Ivi ho detto pure che il territorio marittimo di uno Stato è proprietà di esso, ma non patrimoniale o demaniale, sibbene lasciata in uso comune e pubblico dei membri di esso ed in regola non proibito nemmeno agli stranieri.

Se lo Stato è proprietario di quel territorio nessuno può erigere edifizii in esso senza il permesso di quel proprietario.

È chiaro che quel permesso non verrà accordato quando l' edifizio nuoccia agli usi pubblici cui quel territorio è destinato, e ch'è rivocabile ogni qualvolta vi abbia quel nocumento.

3.° Del lido del mare, altrove.

(d) 1.° *a*) Nessuno Stato, nessun uomo ha la proprietà del mare alto o pieno, perchè non può nè acquistarne nè conservarne possesso cioè detenzione per averlo come proprio.

E siccome per acquistar proprietà per prescrizione (usucapione) vi vuole quel possesso, così non potendovi questo essere pel mare alto e pieno, la proprietà di esso non può da nessuno Stato, da nessun uomo essere prescritta (usucapita).

b) Il territorio marittimo di uno Stato è proprietà di questo.

Lo Stato proprietario può perderne la proprietà per guerra infelice contro altro Stato.

Può cederne la proprietà ad altro Stato per trattati.

Dunque può perderla pel possesso di un altro Stato, possesso ch'esser dee non interrotto, o per tempo immemorabile, o per numero considerabile d'anni, come dice il Vattel nel libro II, Capitolo XI, §§ 142, 143 del suo diritto delle genti, per produrre la suddetta prescrizione (usucapione).

Intorno alle altre condizioni per usucapire o prescrivere la proprietà del territorio marittimo fra Stato e Stato veggasi nel Vattel il suddetto § 142.

Ed intorno alla possibilità in generale di prescriverla od usucapirla, veggasi eziandio il Wheaton nell'opera da me citata nell' annotazione *c* al Capo I del Trattato I, volume I, pag. 158 e 159.

Quel territorio marittimo di uno Stato è poi lasciato all' uso comune e pubblico dei membri di esso, non essendo in regola proibito l' uso stesso nemmeno ai membri di uno Stato straniero.

Lasciato così in uso comune e pubblico di quei membri, è impossibile un uso singo-

Digitized by Google

pieno per parte di nessuno, ne viene che non possa esservi per parte di alcuno quel possesso in quanto ai diritti di navigazione, di pesca ecc. su quel mare.

Ma quel possesso di uno, sarebbe necessario, a fargli acquistare per usucapione quei diritti, in confronto ad un altro che li perderebbe per prescrizione.

Ora il suddetto possesso non essendo possibile ne viene che i diritti stessi non possano essere usucapiti da uno a danno di un altro, il quale non può quindi perderli per prescrizione.

Questa è la opinione anche del Vattel, il quale nel libro I, Capitolo XXIII, § 285 della suddetta sua opera, si esprime in tale proposito così:

« I diritti di navigazione, di pesca od altro che ponno esercitarsi sul mare essendo » diritti *merae facultatis*, che sono imprescrittibili, non ponno perdersi pel non uso. In » conseguenza, quand'anche una nazione fosse sola da tempo immemorabile *in possesso* » di navigare o pescare in certi mari, non potrebbe su tal fondamento attribuirsene diritto esclusivo. Dacchè dal non avere le altre fatto uso del diritto comune che aveano di » navigare e pescare in quei mari, non ne deriva che abbiano voluto rinunciarvi, ed esse » sono padrone di usarne, ogni qualvolta loro piaccia. »

Questa opinione del Vattel è trovata giusta dal Wheaton nella suddetta sua opera § 10, Tomo I, Capitolo IV.

Qui però credo di osservare che quando il Vattel parla del mare senz' altro aggiungere, dee intendersi che parli del mare alto o pieno, e che quando dice che una nazione possa essere in possesso di navigare o pescare in certi mari non dee parlare di possesso, vale a dire di detenzione dei mari stessi con animo di averli come proprii, perchè come ho detto di sopra siffatto possesso in cosa di uso comune a tutti non è ammissibile.

Ma non egualmente giusta sembrami l'altra opinione del Vattel nel successivo § 286 della suindicata sua opera.

Ivi egli dice quanto appresso.

« Ma può nascere che il non uso rivesta la natura di consenso o di patto tacito e » divenga così titolo a favore di una nazione contro un'altra. Quando una nazione in *possesso* della navigazione e della pesca in certi paraggi vi pretenda un diritto esclusivo » e proibisca ad altre di parteciparvi e quando queste obbediscano a tale divieto con segni » sufficienti di acquietarvisi, queste rinunciano tacitamente al loro diritto a favore di quelle » e gliene stabiliscono uno, che può legittimamente sostenere contro esse in seguito sopratutto quando sia confermato da lungo uso. »

Questa opinione, parlando sempre del mare alto o pieno, non mi sembra giusta per le seguenti ragioni.

Lo stesso Vattel dopo aver detto che il diritto di navigare e pescare sul mare alto o pieno è un diritto comune a tutti gli uomini, ed è imprescrittibile, aggiunge nei precedenti §§ 282 e 283 del Capitolo che ho di sopra citato, che se una nazione volesse escluderne un' altra, le farebbe ingiuria e violerebbe il diritto comune ecc.

Sarebbe dunque una ingiuria ed una violenza da cui derivar non può alcun diritto, che una nazione proibisse ad un'altra di navigare e pescare nel mare alto e pieno.

Se anche quell'altra nazione dunque si acquietasse a quella ingiuriosa e violenta proibizione, quel patto tacito non le farebbe perdere il diritto di navigazione e di pesca che sull'alto mare, proprietà di nessuno, in uso a tutti, le compete.

Nessuno poi può acquistare per prescrizione (usucapione) alcun diritto sul mare alto o pieno, perchè nessuno può averne possesso cioè detenzione con animo di aver quel diritto come esclusivamente suo.

Ora se nessuno può avere su quel mare esclusivo diritto di navigazione e di pesca in generale, non può averlo in particolare per proibizione fatta ad altri di esercitarlo, e per l'altrui acquietamento a tale proibizione, insomma pel suddetto patto tacito del quale parla il Vattel.

Non nego però che per patto espresso, una nazione possa obbligarsi con un' altra a non navigare nè pescare nel mare alto o pieno.

Digitized by Google

b) Ho detto al n.° 1 della presente annotazione a questa lettera, che il territorio marittimo di uno Stato è proprietà di esso, e che quel territorio è lasciato all'uso comune e pubblico dei membri dello Stato medesimo, non essendo in regola proibito l'uso stesso, nemmeno ai membri di uno Stato straniero.

Ciò vale per l'uso della navigazione, la quale sebbene in quel territorio sia lasciata all'uso pubblico e comune dei membri dello Stato che n'è proprietario, pure quell'uso non è proibito in regola ai membri di uno Stato straniero.

In quanto all'uso per la pesca, esso nel suddetto territorio appartiene secondo il Wheaton pag. 171 dell'opera che ho più volte citata volume I esclusivamente ai sudditi dello Stato padrone del territorio stesso.

Appartiene cioè esclusivamente a quei sudditi come uso pubblico e comune tra essi.

I sudditi di Stati stranieri ne sono dunque in regola esclusi.

Ma ciò non toglie, che lo Stato proprietario del territorio marittimo possa concedere di pescarvi a quei sudditi di Stati stranieri.

Questa mi par essere eziandio la opinione del Vattel § 287 libro I del suo diritto delle genti.

Lo Stato proprietario del territorio marittimo può perdere quella sua proprietà anche per usucapione fattane da altro Stato, come ho detto al n.° 1 lettera *b* della presente annotazione.

Mi parrebbe che in tal modo potesse perdere in confronto di altro Stato anche l'uso del territorio marittimo per la navigazione e per la pesca e ciò per le ragioni ivi addotte in quanto alla perdita della proprietà.

Invece, come un privato non può usucapire contro lo Stato proprietario del territorio marittimo la proprietà di questo, come ho detto al suddetto n.° 1 lettera *b*, mi parrebbe che non potesse usucapire contro lo Stato stesso l'uso della navigazione e della pesca, perchè essendo queste lasciate ad uso comune e pubblico di tutti i membri dello Stato e qualche volta anche di membri di Stato stranieri, un uso e possesso singolare esclusivo per parte di un singolo individuo non è ammissibile, e non potendovi essere tale possesso ed uso, non vi può essere nemmeno usucapione che su esso si fonda.

3.° *a*) Giurisdizione nel senso di proprietà, di sovranità, sul mare alto o pieno non vi può essere per parte di nessun Stato avendo io detto che quel mare non è proprietà di nessuno.

In quanto poi alla giurisdizione ch'è propriamente l'esercizio della giustizia civile e criminale il Wheaton a pagina 134 del Volume I del suo diritto internazionale fissa la regola « che i navigli da guerra e mercantili in pieno mare e fuori dei limiti territoriali » di un'altra nazione sono soggetti alla giurisdizione dello Stato cui appartengono.

E soggiunge come altra regola « che la giurisdizione che una nazione può esercitare » su quei navigli sieno da guerra sieno di commercio è esclusiva per quello che riguarda » le offese commesse contro le proprie sue leggi. La pirateria però e le altre offese contro » il diritto delle genti ponno essere giudicate dai tribunali del paese nel quale gli accusati » si trovano, quantunque sieno state commesse a bordo di un naviglio di un'altra nazione » in pieno mare. ».

Questa ultima regola fu adottata per la pirateria anche dall'Austria, tanto è vero che per la Patente imperiale del 22 decembre 1851 portante la norma di giurisdizione pei Giudizii militari in affari tanto penali quanto civili, § 5.° n.° 3, alla giurisdizione penale straordinaria dei Giudizii militari soggiacciono i pirati tradotti in arresto dalla marina di guerra.

Tale giurisdizione ossia l'esercizio della giustizia civile e criminale in pieno mare sui navigli e da guerra e di commercio è un diritto regale ossia di Maestà.

È dunque inalienabile ed imprescrittibile, nè crederei che il potere Sovrano volesse [illegible] Signorie fu tolto

E qui noto poi la differenza fra la pirateria ed il corseggiare.

I pirati, dice il Wheaton, tom. I, pag. 141 « sono quelli che corrono i mari di loro » propria autorità per commettervi atti di depredazione saccheggiando a mano armata » in tempo o di pace o di guerra i navigli di tutte le nazioni senza fare altra distinzione » che quella che loro convenga per assicurare la impunità dei loro misfatti. Gli atti commessi da tali malfattori costituiscono il crimine di pirateria. »

I corsari invece, dice lo stesso autore tom. II, pag. 19, sono quelli che « incrociano » su navigli privati, armati, muniti di commissione da parte di uno Stato onde distrug- » gere il commercio di un nemico. »

Il corseggiare prima della suddetta dichiarazione era sanzionato dalle leggi di tutte le nazioni marittime.

Le potenze i cui plenipotenziarii sottoscrissero quella dichiarazione abolirono il corseggio, e ne diedero notizie agli altri Stati non chiamati al congresso di Parigi, invitandoli a fare lo stesso.

Qualcheduno di questi ultimi Stati mi pare che vi abbia aderito.

Mi pare poi di aver letto, che gli Stati Uniti dell'America settentrionale non volere accedervi, fino a che in tempo di guerra non venisse abolita ogni preda, anche per per di navigli di guerra, dei navigli e delle merci del nemico.

b) In quanto alla giurisdizione ossia all' esercizio della giustizia civile e criminale nel territorio marittimo dello Stato, il Wheaton nel capitolo II, parte II, tom. I dell'opera accennata di lui opera fissa le regole seguenti :

1.° « Una flotta appartenente a una nazione straniera che stanzii nei limiti del territorio marittimo di altro Stato in amicizia con quella potenza, è esente dalla giurisdizione civile e criminale del paese.

2.° » I navigli mercantili di uno Stato qualunque entrati nel territorio marittimo di » un altro Stato, non sono esenti dalla giurisdizione locale, quando non vi abbia convenzione espressa e lo sono soltanto per ciò che sia stato provveduto da quella convenzione.

3.° Lo stesso dicasi pei singoli navigli di guerra o di commercio, che entrino nel territorio di uno Stato, naturalmente coll'assenso dello Stato proprietario di quel territorio.

Dopo avere accennato le suddette regole, anche qui si può domandare se la giurisdizione ossia l'esercizio della giurisdizione civile e criminale in quanto compete ad uno Stato sul proprio territorio marittimo possa andar perduta per prescrizione.

Tentando di rispondere a questa domanda direi quanto appresso.

La giurisdizione è un diritto regale ossia di Maestà, e come tale è inalienabile, regola ed imprescrittibile.

Quindi nel territorio marittimo di uno Stato, questo non potrebbe perderla nemmeno per prescrizione in confronto a nessun privato il quale per conseguenza acquistarla non potrebbe per usucapione.

Ma tra Stato e Stato mi parrebbe, che come lo Stato può perdere anco per prescrizione la proprietà del proprio territorio marittimo, ed un altro Stato può acquistarla per la stessa ragione, su quel territorio uno Stato potrebbe perdere ed un altro Stato acquistare anche per prescrizione ed usucapione, la suddetta giurisdizione.

Veggasi quanto ho detto al n.° 1, lettera *b* della presente annotazione.

c) Parlando specialmente poi della giurisdizione, ossia del poter giudiziario di uno Stato in affari criminali, esercibile tanto sul mare alto o pieno, quanto sul proprio od altrui territorio marittimo, il Wheaton volume I pagina 137 fissa le seguenti regole.

« Il potere giudiziario « dic' egli » di ogni Stato indipendente si estende

1.° » A perseguitare tutte le offese commesse contro le leggi dello Stato ne' suoi limiti » territoriali, qualunque sia l' autore di quelle offese ;

2.° » A perseguitare tutte le offese contro le leggi dello Stato commesse a bordo dei » suoi navigli da guerra o di commercio in pieno mare, ed a bordo de' suoi navigli da » guerra nei porti di un paese straniero, qualunque sia l'autore di quelle offese ;

3.° » A perseguitare tutte le offese commesse contro le leggi dello Stato da suoi cit- » tadini in qualunque luogo sieno state commesse ;

4.° » A perseguitare il crimine di pirateria ed altre offese contro il diritto delle genti » qualunque sia l'autore di quelle offese e qualunque sia il luogo nel quale sono state » commesse. »

d) Alle lettere *a*, *b*, *c* n.° 3 della presente annotazione non ho fatto altro che esporre

Digitized by Google

e r egole di diritto internazionale sulla giurisdizione, ossia sull' esercizio del potere giudiziario di uno Stato sul mare alto o pieno e sul territorio marittimo.

Mi porterebbe troppo oltre esporre anco tutte le eccezioni a quelle regole.

Il lettore che volesse riandare nella propria memoria quelle eccezioni può leggere il capitolo dell' opera del Wheaton sul diritto internazionale che tratta particolarmente dei diritti internazionali di legislazione civile e criminale.

4.° *a*) Siccome giurisdizione in senso di Sovranità sul mare alto o pieno non può esservi come ho detto a principio del precedente n.° 3 per parte di nessuno, sembrami che nessuno Stato possa imporre dazii o gabelle sui navigli e le merci di sudditi d'altro Stato, su quel mare.

b) E siccome invece il territorio marittimo di uno Stato, come ho detto più volte, è proprietà di questo Stato che ne ha la sovranità, lo Stato stesso può imporre gabelle o dazii sui navigli e sulle merci tanto dei proprii sudditi quanto di quelli di ogni altro Stato, ch' entrino, si fermino o sortano dal territorio medesimo.

Le convenzioni internazionali possono stabilire come in quel territorio debbano essere trattati i sudditi di uno Stato straniero in confronto ai nazionali od a quelli di altro Stato straniero.

5.° Il Cipolla qui parla anche dell' isola. Ne dirò alcun che nelle annotazioni al Capo XXXIII del presente Trattato.

(*e*) 1.° « Mare, scrive la *Enciclopedia italiana* del Tasso a tal voce parlando geograficamente e geologicamente, chiamasi quella massa d' acqua salsa che copre oltre due » terzi del nostro globo, e dividesi in oceani e mari propriamente detti quali sono princi- » palmente l'Oceano Atlantico, il Mare del Nord, il grande Oceano o Mar pacifico, il mare » delle Indie od Oceano indiano, il mare od Oceano orientale, il mare od Oceano glaciale, » il mar Mediterraneo, il mar Caspio, il mar Baltico ecc. »

2.° Ogni Stato sul mare ha il suo territorio marittimo.

Che cosa s' intenda sotto questo nome l' ho detto nell'annotazione *b* al Capo XVI del Trattato I.

E qui pongo fine alle mie annotazioni al Capo del mare nell'opera del Cipolla.

Queste annotazioni sono ben lontane dal poter essere considerate come un trattato sulla materia.

Esse non fanno altro che tener dietro alle relative osservazioni del Cipolla per mostrare dove queste possano venir attualmente seguite e dove no.

Digitized by Google

CAPUT XXVII.

DE LITTORE MARIS.

I. *Littus maris est, quatenus hybernus fluctus maximus excurrit.* — II. *Littora sub cujus imperio esse dicantur.* — III. *In littore maris quae fieri licitum sit.* — IV. *Terra quae est in mari, vel arena maris, cujus esse dicatur.* — V. *Fundum in alicujus si fluminis impetu lignanima vel vegetes, vel aliae res projectae sint, quid de illis fieri debent.*

I. *Littus maris est, quatenus hybernus fluctus maximus excurrit* (1), *sicut mare naturali jure commune est omnium: ita et littora maris communia sunt* (2) *et propter hoc nemo ad littus maris accedere prohibetur, dummodo a villis et monumentis, et aedificiis se abstineat* (3).

II. *Littora in quibus populus Roman. habet imperium populi Rom. esse dicuntur* (4), *quod intellige quo ad jurisdictionem, vel protectionem: sed quoad usum, sunt communia* (5), *quo vero ad dominium, seu ad proprietatem, sunt in bonis nullius* (6), *et ita etiam vult Bald.* (7) *sicuti illius jurisdictio est Caesaris, et sic ista*

CAPO XXVII.

DEL LIDO DEL MARE.

I. Vi ha lido di mare sino al punto cui maggiormente si spingono le onde nell' inverno. — II. Sotto qual dominio si dicano essere i lidi. — III. Quali cose si possano fare nel lido del mare. — IV. A chi si dica appartenere la terra, ch'è nel mare, e l'arena del mare. — V. Se per l'impeto della fiumara sono gettati nel fondo altrui legnami, vegetabili od altre cose, che cosa si deve fare di esse?

I. Vi è lido del mare sin dove trascorrono maggiormente le onde nell' inverno. E siccome il mare è di tutti per gius naturale comune, così pure i lidi del mare sono a tutti comuni; e però a nessuno è proibito di andare al lido del mare, purchè non tocchi le città, i monumenti e le fabbriche.

II. I lidi, sui quali ha imperio il popolo Romano, si dicono appartenere a questo; lo che intendi esser vero rispetto alla giurisdizione o protezione, ma rispetto all' uso, sono comuni. Quanto poi al dominio o proprietà, sono tra' beni di nessuno, come dicono i testi e Baldo; e la giurisdizione corr' così spetta a Cesare. Per tal guisa la

Digitized by Google

III. *In littore maris licitum est casam ponere, in qua piscatores se recipiant* (1), *et licitum est aedificare in mari, ut fecerunt Veneti* (2): *et quod quis in littore maris aedificaverit, ipsius erit, sublato aedificio vel collapso, jure quasi postliminii, revertitur locus in pristinam causam, et si alius in eodem loco aedificaverit, eius fiet* (3): *secus si pro parte tantum esset collapsum, vel si fundamenta in totum remansissent vel pro majori parte* (4): *et quia dixi licitum esse in littore aedificare, intellige nisi usus publicus impediretur* (5), *Item intellige, quando aedificando nemo sentit damnum* (6), *et intelligitur quis aedificare, quando in littore pilas jactaverit, non autem requiritur rei perfectio* (7). *Item licitum est in littore maris retia desiccare, et ex mari ad littus deducere* (8). *Item lapilli et gemmae, caeteraque in littore inventa, jure naturali statim nostra sunt.*

IV. *Item quid de terra quae est in mari, vel arena maris? dic idem, quod dixi de mari, vel littore* (9), *et ideo licitum est cuilibet accipere gemmam vel arenam maris, et efficitur occupantis et exportantis; secus est de lapidibus et aliis, quae in littore ex causa naufragii vel ex vehiculo alicujus ceciderunt, quia non licet ea capere; imo qui accipit animo sibi acquirendi, magis quam fur est* (10): *de qua materia vide* (11) *quod incipit domine Francisce.*

V. *Idem esset quando ex vi fluminis ligna vel rates, vel aliae res ad littus maris, vel ad fundum alicujus pervenerint, et ibi dicit eleganter, quod si in fundum alicujus projecta sunt lignamina vel vegetes, vel aliae res ex impetu fluminis, si agro noceant, si dominus agri vult fas et licite facere, consilium est, ut per judicem fieri faciat proclamationes in locis vici-*

III. È lecito fabbricare una capanna sulla riva del mare, in cui si ricovrino i pescatori; ed è lecito fabbricare sul mare, come fecero i Veneti; e ciò che alcuno avrà fabbricato sul lido del mare, sarà suo. Tolto poi o crollato l' edificio, il luogo ritorna nella sua primiera condizione giuridica per diritto di quasi-postliminio; e se un altro fabbricherà nello stesso sito, questo diventerà suo. Non così però se l' edificio fosse caduto soltanto in parte, o se le fondamenta restassero intere o nella maggior parte. E poichè dissi ch' è lecito fabbricare sul lido, intendi, purchè non rimanga impedito il pubblico uso. Del pari intendi, qualora fabbricando non si rechi danno a chicchessia; e s' intende che alcuno fabbrichi, allorquando avrà piantate le pile, nè si richiede il compimento dell' opera. Del pari è lecito ascingare le reti sul lido del mare, e trascinarle dal mare al lido. Così pure le pietruzze, e le gemme, ed altre cose ritrovate sul lido del mare, diventano subito nostre per gius naturale.

IV. Che si dirà poi della terra, che è nel mare, e della sabbia del mare? Rispondi come dissi circa il mare od il lido; e però è permesso a chiunque prendere le gemme e la sabbia del mare, e queste diventano proprie di chi le occupa o le porta via. Non così però rispetto alle pietre ed altro, che giunsero al lido per naufragio, o caddero in esso da un carro, perchè non è lecito prenderle; anzi chi le prende con animo di acquistarle, è più che ladro. Egualmente accadrebbe allorquando legnami o zatte od altre cose fossero dall' impeto del fiume portate al lido del mare od al fondo di alcuno, ed in questo caso Federico da Siena dice elegantemente:

V. Che se dall' impeto del fiume legnami, o vegetabili, od altre cose sono portate sul fondo di alcuno, e queste nuocciono ad esso, ove il padrone del fondo voglia agire rettamente e lecitamente, è buon consiglio che mediante il giudice faccia proclamare ne' vicini luoghi, che il padrone di quelle cose venga a prenderle entro un tempo determinato, altrimenti si consid-

Digitized by Google

nis, ut dominus res illas tollat intra certum terminum: alias illae res pro derelictis habeantur: et occupanti concedantur: maxime si illae res sunt viles; ex causa namque quis compelli potest agere (1). *Hic autem subest causa, quia illae res nocent agris alienis, dicit tamen quod securior via esset, ut post aliquod tempus post dictam proclamationem venderentur dictae res, et pretium pauperibus erogaretur* (2), *quae not. quia saepe contingit ubi sunt flumina rapida et torrentia.*

(1) *Ut not. in l. 5. Cod. ut nemo in vi.*

reranno abbandonate, e si concederanno al ritrovatore, massime se quelle cose fossero vili. Qui poi vi ha un'altra causa, che quelle cose nuocciono ai campi altrui. Dice poi nondimeno lo stesso, che è più sicuro partito il vendere le dette cose dopo un certo tempo dalla fatta proclamazione, e distribuire il prezzo tra' poveri. Le quali cose tu devi notare, perchè spesso accadono là dove sono fiumi rapidi o torrenti (*a*).

(2) *Arg. c. cum tu. ext. de usu. cum simil.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XXVII.

(*a*) 1.° La *Enciclopedia italiana* del Tasso alla voce *lidi del mare* (diritto pubblico) seguendo il dizionario del Merlin, dice « essere discordi le opinioni dei pubblicisti nello » stabilire che cosa si debba intendere per lido del mare e sin dove esso si estenda. Alcuni » appoggiati al testo del § 3.° del titolo I del libro secondo delle Instituzioni di Giustinia- » no affermano doversi riputare per lido del mare tutto quel tratto di terra, che la più » alta ondata del mare può coprire in tempo d'inverno. *Est autem littus maris, quatenus » hybernus fluctus maximus excurrit.* Altri poi fondandosi sopra una ordinanza francese » del 1681 opinano essere lido del mare tutto ciò che il mare stesso copre e discopre du- » rante il novilunio e plenilunio, e fin dove le più tempestose onde del mare possono pro- » lungarsi sulle spiagge. ».

Nel dizionario del Merlin alla suddetta voce è detto che quelle due disposizioni sebbene differenti possono conciliarsi, valendo quella dell'ordinanza del 1681 per l'Oceano e quella della legge romana pel Mediterraneo com'era stato eziandio giudicato una volta in Francia dal Parlamento d'Aix.

E ciò perchè nell'Oceano è di fatto che nel mese di marzo le onde s'inoltrano maggiormente sulle spiaggie, mentre nel Mediterraneo le più forti ondate nell'inverno s'inoltrano sulle spiaggie molto al di là delle grosse onde del mese di marzo.

Ciò presupposto vero ed essendo le spiaggie dell'Impero austriaco tutte collocate sull'Adriatico che fa parte del Mediterraneo, per noi sarebbe applicabile in quanto alla estensione dei lidi del mare la suddetta legge giustinianea, derivata dallo stato fisico delle cose.

E ciò tanto più in quanto che nel suddetto Impero non conosco legge pubblicata ed operativa che disponga fin dove arrivi il lido del mare.

Ciò dico perchè quella legge non istà nel *progetto* del 1.° libro del Codice marittimo austriaco, stampato a Vienna nel 1840 dalla tipografia di Corte e di Stato, al § 4.°, che qualifica lido del mare (adopero la traduzione italiana) « tutto l'estremo labbro di » terra . . . . . lambito dal mare. »

Quel progetto non è legge perchè non fu mai, a quel che io mi sappia, convertito in legge nè pubblicato.

Digitized by Google

» bene quelle parti di terra possano essere considerate come un prolungamento delle » coste. »

2.° Tanto pel § 287 del Codice austriaco quanto per l' articolo 538 del Codice Napoleone le spiaggie o lidi del mare sono proprietà dello Stato lasciate però in uso universale e pubblico di tutti i cittadini dello Stato ed anche degli stranieri quando a questi ultimi lo Stato proprietario permetta quell'uso.

3.° Essendo i lidi del mare proprietà dello Stato mi pare che nessuno possa costruire senza il permesso dello Stato stesso su quei lidi una capanna.

Tale permesso non verrà accordato se non quando non nuoccia al pubblico uso cui quei lidi sono destinati.

Sarà sempre rivocabile quando i pubblici riguardi ne esigano la rivocazione.

Se taluno senza quel permesso costruir potesse sui lidi del mare una capanna, sembrami che farebbe atto, più che da usuario, da proprietario, atto che non gli compete perchè di essi non ha la proprietà.

Pare poi anche a me, che taluno si dirà fabbricare la capanna, quando abbia cominciato il lavoro, sebbene non l'abbia compiuto, e che tolta o crollata la capanna, la parte del lido che occupava ritorni in pubblico uso, fino a che nuovo permesso dello Stato o all' anteriore o a diverso edificatore non ne conceda nuova costruzione.

4.° Per l'uso pubblico a tutti spettante del lido del mare parmi che ognuno possa su esso asciugare le proprie reti e da esso strascinarle al mare.

5.° Intorno alle cose trovate nel mare o sulle sue spiagge, leggasi in quanto al diritto romano ed al diritto marittimo francese, sulla divisione di esse in tre specie, cioè di cose prodotte dal mare che non hanno appartenuto a nessuno; di cose gettate in mare per alleggerire e salvare un naviglio, o perchè non sieno preda di nemici o pirati, e di cose procedenti da naufragio od arenamenti, e sul destino di ognuna di quelle tre specie di cose, quanto è detto nel dizionario del Merlin alla voce *Occupazione* § III articolo I numero IV.

Pare che quanto ivi è detto in tale proposito abbracci le leggi particolari, le quali secondo l'art. 717 del Codice Napoleone regolano i diritti sopra gli effetti gettati in mare o sopra le cose che il mare rigetta di qualunque natura sieno e sopra le piante ed erbe che crescono lungo le rive del mare ecc.

In quanto poi al Codice austriaco, le cose prodotte dal mare che non hanno mai appartenuto a nessuno pare che pel § 382 sieno del primo occupante salve le restrizioni ivi portate.

Le altre due specie di cose invece gittate dal mare sul lido e da me di sopra accennate, pare dal § 388 che dovessero trattarsi come cose altrui ritrovate, secondo i §§ 389-394 del suddetto Codice, e secondo il dispaccio dell'Aulica Cancelleria 17 agosto 1840 pubblicato colla notificazione del Governo di Venezia 26 marzo 1841.

Digitized by Google

CAPUT XXVIII.

DE PORTU.

I. *Portus, statio et angiportus quid proprie sint.* — II. *Portus et flumina publica sunt, licet civitates Italiae de consuetudine ea sicut imperium, praescripserint.* — III. *Portus omnis in solo insula est.* — IV. *Portus maris hominis ingenio fabricati, an omnium populorum publici sint, an vero aedificantium.* — V. *Testamentum factum in portu civitatis Soldani, an dicatur factum in terris Soldani.* — VI. *Moles in mari projectae causa faciendi vel muniendi portus, an jaci possunt.*

I. *Portus est* (*) *locus conclusus, quo importantur merces, atque inde exportantur: eaque nihilominus statio est conclusa, atque munita: inde angiportum* (1). *Et dicitur locus conclusus, id est, locus ubi rates morantur et stant, secundum gloss. ibi. Statio vero dicitur a stando, et ideo stationis verbo is locus demonstratur, ubicunq. naves tute stare possunt* (2). *Angiportus dicitur strictus portus.*

II. *Portus et flumina publica sunt* (3), *et ideo jus piscandi commune est omnibus in portu fluminibusque* (4) *quoad jurisdictionem, portus; sunt Caesaris, vel illius domini, vel civitatis, vel territorii, in quibus sunt* (5): *et ideo vectigalia seu red-*

CAPO XXVIII.

DEL PORTO.

I. Che cosa sieno il porto, la stazione e l'angiporto. — II. Il porto ed i fiumi sono pubblici, sebbene le città d'Italia per consuetudine li abbiano prescritti come imperio. — III. Tutt'i porti nel suolo sono isole. — IV. Se i porti di mare fabbricati coll'ingegno dell'uomo, sieno pubblici di tutti i popoli, oppure dei soli fabbricanti. — V. Se il testamento fatto nel porto di una città del Soldano, si dica fatto in terra del Soldano. — VI. Se le moli poste in mare per formare il porto o per fortificarlo, si possano gittare.

I. *Porto* è (*) un luogo chiuso, nel quale si portano le merci, e poscia si esportano; nondimeno anche la *stazione* è chiusa ed assicurata; indi viene l' *angiporto*. Si dice luogo chiuso, perchè è luogo ove le navi dimorano e stanno, secondo la glossa. *Stazione* poi si dice da *stare*, e però colla voce *stazione* si disegna quel sito ove le navi possono stare sicuramente. Si chiama poi *angiporto* un porto ristretto (*a*).

II. I porti ed i fiumi sono pubblici, e però il diritto di pescare nei porti e nei fiumi spetta a tutti. Rispetto poi alla giurisdizione i porti sono di Cesare, oppure di quel signore, di quella città, di quel territorio nel quale si trovano: laonde le gabelle o

Digitized by Google

ad Caesarem (1), *quod intelligo, nisi dominus civitatis vel territorii illius loci, in quo est portus, habeat regalia: quia tunc ad eum spectant illa regalia. Et quando Papa, vel Imperator facit aliquem regem, quaeruntur sibi omnia regalia quasi specialiter concessa* (2). *Hodie vero civitates Italiae sibi de consuetudine praescripserunt merum imperium, et ita portus et flumina, licet de jure communi sint principis* (3).

III. *Et adde, quod omnes portus in solo sunt insulae* (4), *et ideo dicit Bart. si quis in portu insulae civitatis Pisanae deprehendatur, potest puniri in civitate, sub qua est insula. Circa quod vide quae dixi* in tit. de mari.

IV. *Sed quaero justa praedicta, an portus maris ingenio hominum fabricati sint publici omnium populorum, an vero aedificantium? et videtur quod sint publici: per ea quae supra dixi. In contrarium videtur, quod sint aedificantium* (5). *Item videtur quod sint communes, sicut aqua est communis; dic secundum Bald.* (6) *quod aedificia sunt aedificantium, sed portus sunt publici.*

V. *Et ex his insurgit una pulchra dubitatio, an testamentum factum in portu cujusdam civitatis Soldani, dicatur factum in terris Soldani? Et Bald. ibi dicit, quod tempore suo hoc fuit revocatum in dubium. Et dicatur quod non, quia portus est publicus, et ita Christianorum, sicut Saracenorum, nam hoc est introductum de jure gentium. Consequentia autem inferebatur ex praedictis* (7). *Sed Bald.* (8) *dicebat se consuluisse super testamento cujusdam facto in Barbaria duobus testibus, ipsum valuisse, quia cum non appareat, quae forma testandi ibi servetur, praesumitur quod servetur jus gen. tanquam aequissimum* (9). *Idem vult Bart.* (10) *qui similiter dicit, quod de facto consultus fuit super quodam testamento unius mercatoris de Ancona, facto in terra Soldani Babyloniae, et dixi valere testamentum factum secundum merum jus gen-*

intendo esser vero, purchè il signore della città o del territorio di quel paese, nel quale è il porto, non possedu le regalie, perchè allora spettano ad esso. E quando il papa o l' imperatore crea qualche re, questi acquista tutte le regalie, come se specialmente gli fossero concesse. Oggidì poi le città d' Italia prescrissero a loro favore il mero imperio per consuetudine, ed in tal modo i porti ed i fiumi, sebbene questi per diritto comune sieno del principe.

III. Ed aggiungi, che tutti i porti nel suolo sono isole, e però dice Bartolo, che se alcuno vien preso nel porto dell' isola della città di Pisa, può essere gastigato nella città, nella quale è l' isola. Intorno a ciò vedi quanto dissi circa il mare (*b*).

IV. Ma secondo le predette cose dimando, se porti di mare fabbricati coll' umano ingegno, sieno pubblici di tutte le genti, oppure di que' soli che li fabbricarono? Sembra, che sieno pubblici per ciò che ho detto sopra. All' opposto, sembra che appartengano a' fabbricatori. Parimente sembra che sieno comuni, com' è comune l' acqua. Rispondi con Baldo, che gli edifici sono di chi li fabbrica, ma i porti sono pubblici (*c*). Da ciò sorge un dubbio, cioè:

V. Se il testamento fatto nel porto di qualche città del Soldano, si dica fatto in terra del Soldano? Baldo dice, che ciò al suo tempo fu posto in dubbio. Si risponda che no, perchè il porto è pubblico, e però tanto de' Cristiani che de' Saraceni, imperocchè questo è voluto dal gius delle genti. Ma Baldo diceva di aver dato un consiglio sopra un testamento fatto da certuno in Barberia con due testimoni, e di aver sentenziato che era valido, perchè non apparendo qual forma di testare si osservi colà, si presume l' osservanza del gius delle genti, siccome il più equo. Lo stesso pensa Bartolo, il quale dice similmente, che di fatto ei fu consultato sopra certo testamento di un mercante di Ancona, ch' era stato fatto nelle terre del soldano di Babilonia, e rispose valere il testamento fatto secondo il mero diritto delle genti, che si presume in vigore colà, ove non sia provato il contrario;

(1) *Ut d. cap. 1.*

(5) *L. in tantum, in princ. ff. de rer. divis.*

Digitized by Google

tium, quod praesumitur ibi vigere, nisi contrarium probetur, cum sit tale jus gentium apud omnes, sicut consuetudo in dubio praesumenda, nam istud jus gentium est bonum et aequum, ideo servandum, et potius servare debemus jus can. quam civile: quia illud inhaeret juri divino, sed sub lege divina sunt omnes populi et nationes, sed jus civile non viget ubique locorum (8).

VI. *Reperiuntur etiam moles in mari projectae causâ faciendi vel muniendi portum, quas in mari quia jacere potest, maxime ea de causa* (9), *et si maritus haberet in dotem civitatem, vel territorium juxta mare, et jaceret moles in mari pro portu faciendo vel muniendo, vel pro muniendis muris civitatis vel castelli dotalis, diceretur impensa necessaria* (0), *et de istis molibus loquitur Virgil. in 1. Æneid. dum de Carthagine loquens dicit,* Miratur molem Aeneas, magalia quondam; *et civitas Neapolitana habet istam molem in mari, quae vulgariter molo appellatur: quam Alphonsus rex mirifice instauravit, intra quam est nobilis portus civitatis Neapolitanae.*

essendo uguale presso tutti il diritto delle genti, e dovendosi nel dubbio presumerne la consuetudine. Imperciocchè questo gius non è altro che il buono e l'equo, e perciò si deve osservare; benchè piuttosto dobbiamo osservare il gius canonico che il civile, avvegnachè quello sia inerente al gius divino, e sotto la legge divina stiano tutti i popoli e le nazioni, mentre il gius civile non vige in tutti i luoghi (*d*).

VI. Si trovano eziandio alcune moli gettate in mare allo scopo di formare o di assicurare un porto. Queste moli possono venir gettate da chiunque, massime per tale cagione. E se il marito ricevesse in dote una città o un territorio presso il mare, e gettasse moli in mare per fare un porto o per fortificarlo, o per afforzare i muri della città o del castello dotale, tale spesa si direbbe necessaria. Di queste moli fa cenno anche Virgilio nel 1.° dell'Eneide, là dove parlando di Cartagine dice: *Ammira Enea quella mole, capanna un tempo.* E la città di Napoli possiede una di queste moli sul mare, che volgarmente si chiama *il molo*; la quale fu mirabilmente ristaurata dal re Alfonso, e fra essa è il nobile porto della città Partenopea (*e*).

(1) *Facit cap. quod super, extr. de voto,* et adde quae not. Bart. et Dd. *in l. qui latronibus, in prin. ff. de test.* et Angel. et Dd. *in d. l 2. C. quemad. test. aper.* et Dd. *in l. si non speciali, C. de testam.*

(*) *Portus.* Portus est de regalibus principis, *Bald. in c. 1. in princ. quae sint regal.*

(2) *Ut l. 2. § adversus, D. ne quid in loc. publ.*
(3) *Ut l. 1. § inter necessarias, ff. de impen.*

(*) *Porto.* Il porto è tra le regalie del principe.

ANNOTAZIONI AL CAPO XXVIII.

(*a*) *Porto* secondo l'Azuni nel suo dizionario di diritto mercantile a tal voce è « quel » seno di mare rinchiuso o naturalmente o dall'arte capace di ricevere e contenere più » navigli, ed in cui essi restano al sicuro, onde poter caricare » e « scaricare » le merci. »

Angiportus secondo il Lessico del Forcellini a tal voce significa, tanto « una via an- » gusta fra case, o non avente uscita da una parte, o terminante in qualche casa privata » o luogo chiuso, od avente uscita su via consolare » (ora si direbbe regia), e spiegasi in » italiano in questo senso, colle parole « *strada stretta, chiasso, chiassetto* » quanto in » altro senso significa « un porto angusto. »

Non credo però che la parola *angiporto* si adoperi ora comunemente per significare con porto angusto.

Sia infatti quel seno di mare che poco fa ho definito come porto, o angusto o largo, parmi che comunemente dicasi *porto* e non *angiporto*.

Rada secondo l'Azuni voce porto « si distingue da questo perchè le navi sebbene

Digitized by Google

La *baja* » non è differente dal *golfo* propriamente detto se non perchè è assai più ri» stretta nel suo ingresso, che al di dentro. »

Veggasi sempre l'Azuni alla voce *porto*.

Tornando poi al porto, esso è *naturale* se fatto dalla natura; *artifiziale*, se opera dell' arte umana.

(*b*) Secondo l'articolo 538 del Codice Napoleone i porti ed i seni, e secondo il § 287 del Codice civile austriaco i porti, sono proprietà dello Stato lasciata in uso universale o pubblico di tutti i cittadini e non proibito in regola nemmeno agli stranieri.

I porti di mare come ho detto nell' annotazione *b* al Capo XVI del Trattato I sono compresi nel territorio marittimo di uno Stato.

In quanto alla giurisdizione cioè all' esercizio della giustizia civile e criminale nei porti, alla perdita di quella giurisdizione per prescrizione ed all' acquisto di essa per usucapione, ed in quanto ai dazii o gabelle che ponno imporsi ai navigli ch' entrino, si fermino o sortano da un porto, mi pare applicabile ciò che ho detto su quegli oggetti pel territorio marittimo di uno Stato di cui fa parte il porto stesso, nell' annotazione *d* n.° 3, lettere *b*, *c*, *d* e n.° 4, lettera *b* al Capo XXVI del presente Trattato II.

(*c*) La proprietà sui porti, come beni dello Stato di universale e pubblico uso, è assoluta per lo Stato che li possiede, ed esclude, dice il Wheaton, ogni diritto, tanto dei proprii sudditi quanto delle nazioni straniere, naturalmente in quanto a quella proprietà e quando vi abbia quel possesso (pag. 157 volume I, § 3).

Quindi è proprietà dello Stato, anche un porto nel di lui territorio marittimo, sebbene fabbricato da privati o da altri fuorchè da quello Stato.

Non credo che un privato che lo avesse fabbricato, possa considerarlo sua proprietà, quando, ciocchè non si usa, lo Stato non glielo cedesse.

Che possa pretendere dallo Stato del quale quel porto è proprietà l' abbuono delle spese di costruzione, è un' altra, e del tutto diversa quistione.

Lo stesso dicasi per uno Stato esterno che avesse fabbricato un porto nel territorio marittimo di altro Stato.

Ma lo Stato nel cui territorio marittimo fu fabbricato, potrebbe benissimo cedergliclo come potrebbe perderne la proprietà, nel modo da me accennato nell' annotazione *d* n.° 4 lettera *b* al Capo XXVI del presente Trattato II.

(*d*) 1.° Non saprei comprendere come un testamento fatto in un porto del Soldano dovesse dirsi fatto in porto tanto dei Cristiani quanto dei Saraceni, e non di esso Soldano.

Per la stessa ragione non trovo dubbio, che un testamento fatto in un porto, per esempio, austriaco, o al tempo del Regno d' Italia in un porto italiano, non debba dirsi fatto in territorio marittimo dello Stato austriaco, od italiano.

2.° Relativamente alle forme esterne di una disposizione di ultima volontà fatta sul mare durante un viaggio come dice l' articolo 988 del Codice Napoleone, ovvero fatta durante una navigazione ossia viaggio su naviglio come dice il § 597 del testo tedesco del Codice austriaco, in quanto essa sia stata fatta in un porto di mare, osservo quanto appresso, pei cittadini dei paesi a quei Codici soggetti.

Bisogna distinguere la disposizione d'ultima volontà fatta nelle forme privilegiate da quella fatta nelle forme ordinarie ossia secondo il diritto comune.

a) In quanto al Codice Napoleone le forme privilegiate del così detto testamento marittimo, sono portate dagli articoli 988-998 di quel Codice.

Riflessibile specialmente a questo proposito è la disposizione dell'art. 994 del Cod. stesso.

Quell' articolo dispone infatti, non essere il testamento considerato fatto sul mare,

Digitized by Google

In questo caso il testamento per essere valido aver doveva le forme esterne non già privilegiate del testamento marittimo, sibbene le ordinarie prescritte pei testamenti o in Italia o nel paese straniero nel quale fosse stato fatto.

Approdato dunque un naviglio in un porto o italiano o straniero, ove vi avesse un pubblico uffiziale italiano, non eravi testamento marittimo privilegiato ma il testamento per esser valido doveva avere le forme esterne ordinarie prescritte o pel Regno d' Italia o pel paese straniero in cui fu fatto.

bb) Da tutto ciò ne viene che invece era valido il testamento marittimo nelle forme privilegiate quando il naviglio fosse approdato in porto italiano o straniero ove non vi avesse pubblico uffiziale italiano o straniero, senza però approdarvi.

In quest' ultimo caso specialmente, il testamento aver poteva le forme privilegiate del marittimo, ossia, come dice l'art. 988, del testamento fatto sul mare durante un viaggio, perchè pare che l'entrare in un porto anche nazionale senza approdarvi, venisse considerato come il trovarsi sul mare durante il viaggio.

Il Codice pegli Stati del re di Sardegna che negli art. 782-794 parla del testamento privilegiato marittimo non mi sembra ripetere la disposizione dell' articolo 994 del Cod. Napoleone.

Invece l' articolo 782 del Codice Sardo non parla che dei testamenti fatti sul mare durante un viaggio, come di testamenti marittimi privilegiati, in quanto alle forme esterne.

Combinato questo articolo specialmente cogli altri articoli 788 e 789 pare che dopo approdato un naviglio in un porto o dello Stato o straniero non vi possa essere più testamento privilegiato marittimo valido, ma che vi possa invece essere quando un naviglio entri in uno di quei porti e non vi approdi, ossia si trovi in continuazione di viaggio di mare.

Dove pel Codice Napoleone e pel Codice Sardo non ha luogo poi testamento marittimo privilegiato, il testamento dee essere steso nelle forme ordinarie da quei Codici prescritte.

Queste forme ordinarie del testamento di un cittadino italiano o sardo fatto in un porto nazionale deggiono essere per certo quelle rispettivamente dei due Codici pel Regno d' Italia e per quello di Sardegna.

Pel testamento con forme ordinarie fatte da quei cittadini in un porto straniero l' articolo 999 del primo di quei Codici prescrive che un Italiano possa farlo olografo come nell'art. 970, o con atto autentico nelle forme praticate nel paese in cui quest' atto sarà ricevuto.

E per l'articolo 797 del Codice Sardo il testamento fatto in porto straniero ha il suo effetto anche nei Regii Stati, quando sieno state osservate le forme prescritte dalle leggi vigenti nel luogo in cui sarà stato fatto.

E qui un' ultima domanda.

L' articolo 994 del Codice Napoleone parla di pubblico uffiziale (italiano) in terra straniera.

Ora i Consolati e viceconsolati nazionali e i loro cancellieri in terra straniera sono pubblici uffiziali atti a ricevere testamenti che si avesse voluto fare da un suddito del Regno d'Italia o che si facessero da un suddito sardo?

Gli articoli 798 e 799 del Codice di Sardegna dicono di sì.

Mi pare che il Codice Napoleone nemmeno nell'articolo 999 nulla ne dica.

In Francia però a ciò fu risposto affermativamente dalla Circolare ministeriale 22 marzo 1834 riportata dal Tróplong nel suo commento a quell'articolo, trattato delle donazioni tra vivi e dei testamenti.

Non so poi come l'abbiano per noi nel già Regno d' Italia.

Digitized by Google

striaco o straniero, pare che il cittadino austriaco imbarcatovi non possa più fare atto di ultima volontà nelle forme privilegiate, ma che debba farlo perchè sia valido nelle forme ordinarie.

Se il porto dell'approdo ed arrivo sia austriaco, par certo che tali forme ordinarie debbano essere soltanto quelle della legge austriaca.

Ma se quel porto è straniero, pare giusta la opinione espressa dal profess. di Stubenrauch al n.° 10 de'suoi commenti al § 4 del Codice civile austriaco, che cioè quelle forme ordinarie possano essere quelle prescritte o dal Codice stesso o dalla legge del paese straniero in cui la disposizione di ultima volontà fosse stata fatta

Se poi il naviglio in corso di navigazione fosse bensì entrato in un porto nazionale o straniero senza approdarvi, pare che potesse esser fatta dal cittadino austriaco imbarcato su esso, disposizione di ultima volontà nelle forme privilegiate, potendo non essere sempre possibile di farla nelle ordinarie.

Finalmente se il naviglio in corso di navigazione approdasse in un porto o nazionale o straniero, allora essendovi possibilità di fare dichiarazione di ultima volontà nelle forme ordinarie pare che debba cessare il diritto di farlo nelle privilegiate.

In quest' ultimo caso in porto austriaco queste forme saranno quelle della legge austriaca.

In porto straniero o quelle della suddetta legge o quelle della legge del luogo della facitura della disposizione di ultima volontà.

Anche qui poi domando se i Consolati, viceconsolati e rispettivamente le cancellerie consolari austriache all' esterno possano assumere testamenti di cittadini austriaci.

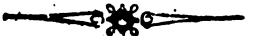
Nell' Impero ottomano, le giudicature consolari austriache pel § 2.° della Ministeriale ordinanza 31 marzo 1855 n.° 58 del Bullettino delle leggi dell' Impero di quell'anno hanno anche la giurisdizione civile volontaria sui sudditi e protetti austriaci.

Dunque come giudicature ponno assumere testamenti giudiziali.

Essendo ciò stato disposto pel solo Impero ottomano pare che in altri Stati stranieri i Consolati, viceconsolati e le rispettive cancellerie consolari austriache, non abbiano quella giurisdizione e non possano quindi come giudicature assumere quei testamenti.

(*e*) Che cosa sieno il *molo* ed il *pontile*, l'ho detto nell'annotazione *a* al Capo LXX del Trattato I.

Diga poi ed anticamente *Dicco* secondo la *Enciclopedia italiana* del Tasso a tal voce « è un ammasso di pietre, di terra, di legnami, o di fascinate avente per oggetto di » contenere le acque e di sostenere ad una data altezza i canali, i bacini, gli stagni. Sono » pure destinate a difendere le rive di un fiume, del mare od anche a mettere parte di » territorio a coperto dalla marea alta, e dagli straripamenti. Servono ancora a regolare » il corso dei fiumi e ad impedir loro di sviarsi dal letto naturale, il che accade al» lorquando il fondo è di una durezza ineguale, perchè allora si formano alluvioni, ovve» ro sia adunamenti di terra i quali cangiano poi il corso delle acque. Altre poi sono de» stinate a prevenire le alluvioni dello stesso genere che si formano all'ingresso dei porti » di mare o all'ingresso dei fiumi e a questa ultima specie appartiene la singolar Diga, » che Venezia » scriveva il suddetto Dizionario nel 1844 « vedrà in breve compiuta. »



Digitized by Google

CAPUT XXIX.

DE NAVI.

I. *Servitus navi imponi non potest, ut cum in portu erit, semper merces deferre teneatur.* — II. *Servitus navigandi, si lacus perpetuus in tuo fundo sit, ut ad fundum meum perveniatur, imponi potest.* — III. *Servitus aquaeductus cur ex lacu fieri non possit.* — IV. *Arbore si dominus caedere voluerit, et nauta arboribus navem ligare velit, quid juris.* — V. *Navigationis tempus esse dicitur a Calendis Aprilis usque ad Calend. Octobr.*

I. *Servitus navi imponi non potest: ut cum erit in portu, semper teneatur deferre merces: quia servitus non potest imponi, quae de facili extinguitur, et sic nec navi ex quo de facili consumitur et modicum durat, licet ex novis tabulis conficiatur* (1). *Nec obstat, quod domo imponitur servitus, et tamen aliquando ruit, quia illud raro contingit, ideo non considerandum* (2), *et ex praedictis sequitur servitutem jumentis imponi non posse, nec hominibus, quia de facili moriuntur, et perpetuam causam non habent; et ideo lex appellat operam seu ministerium servi, non servitutem, et intellige in praedictis servitutem imponi non posse iura praeqvisita*

CAPO XXIX.

DELLA NAVE.

I. Non si può imporre alla nave la servitù, che quando sarà in porto, debba sempre portare le merci. — II. Si può imporre la servitù di navigare, se vi è un lago perpetuo nel tuo fondo, onde pervenire al mio. — III. Non si può costituire una servitù d'acquidotto dal lago. — IV. Che di diritto, se il proprietario vuole tagliare gli alberi, e se il nocchiero voglia legare la nave a quelli? — V. Si dice esser tempo di navigare dalle calende d'aprile a quelle di ottobre.

I. Non si può imporre alla nave la servitù, che quando sarà in porto debba sempre portare le merci, perchè non si può imporre servitù che facilmente si estingua, e però neppure alla nave, perchè in facil modo si consuma e poco dura, sebbene sia fabbricata con tavole nuove. Ned osta, che la servitù s'imponga anche alla casa, la quale tuttavolta rovina talora, perchè ciò avviene di rado, e però non deve considerarsi. Da queste cose consegue, che non si può imporre servitù ai giumenti, nè agli uomini, perchè facilmente muojono, e non hanno causa perpetua. Laonde la legge appella *ministero* l'opera de' servi, non già servitù ad intendi, che ai suddetti non si può

Digitized by Google

III. *Sed quae est ratio, quod servitus aquaeductus lacus fieri non potest* (1), *et tamen servitus navigii imponi potest, ut ibi. Respondeo secundum Henricum: quia quandoque currit navigium, quandoque vero non, aquaeductus vero continue. Vel hoc favore navigii. Vel dic et tertio, quod per navigium non minuitur aqua, sed per aquaeductum sic* (2). *Licitum est autem navigantibus naves ad ripas applicare, funesque arboribus ibi natis religare* (3).

IV. *Sed si dominus vult incidere arbores, et nauta vult ligare navem arboribus?* vide gloss. (4). *Navis usufructu legato, navigatione uti potest, licet naufragii periculum immineat: navis enim paratur ut navigetur* (5), *dummodo navigetur tempore navigationis, et non alio* (6).

V. *Et dicitur tempus navigationis esse a Calend. Aprilis, usque ad Calendas Octobr.* (7); *dicit tamen Bart.* (8) *et in hoc standum esse consuetudini, si facit illud, quod fecisset diligens navicularius quando illa lex non servatur in tempore, quod est aptum, maxime apud Venetos, qui omni tempore navigant. Redditus navigiorum sunt de regalibus, sicut plaustrorum, cap. 2. quae sint regalia, et ibi not. Bald. hodie secus est in Italia, quia civitates de consuetudine sibi hoc praescripserunt* (9), *et de privilegiis naviculariorum, et quando privilegio uti liceat* (10), *et de materia navigationis, et naviculariorum* (11).

(1) *Ut d. l. foramen, § omnes.*
(2) *Ita not. gloss. in dicto, § omnes, et d. l. via constitui, § si lacus, in ver. navigandi.*
(3) *L. riparum, in princ. D. de rer. divis. et Inst. eod. § riparum.*
(4) *In dictis juribus, et Bald. in l. item lapilli, in penult. col. in fin. D. de rer. divis. et quod dicam in tit. de ripa.*
(5) *L. arboribus, § navis, D. de usufruct.*
(6) *D. de rei vend. l. non utique, § fin. et C. de offic. rect. provinc. l. civitas.*
(7) *Ut l. quoties, in fin. C. de naufr. lib. 11. et not. gloss. fin. in l. qui petitorio, de rei vend.*

III. Ma qual è la ragione, che non si può costituire la servitù di acquidotto dal lago, mentre si può imporre la servitù della barca? Rispondo secondo Arrigo, perchè la barca talvolta corre, e talvolta no, mentre l'acquidotto corre continuamente; oppure per favore della barca; oppure in terzo luogo, perchè mediante la barca non si diminuisce l'acqua, sì invece con l'acquidotto. È lecito poi a' naviganti attaccar la nave alle rive, e legare le funi agli alberi, ch'ivi si trovano.

IV. Ma se il proprietario vuole tagliare quegli alberi, ed il nocchiero vuole invece legare la nave a quelli? Vedi la glossa. La nave lasciata in usufrutto si può usare colla navigazione, sebbene sovrasti pericolo di naufragio; imperocchè la nave è fatta perchè si navighi; purchè però si navighi nel tempo opportuno, e non in altro.

V. E si dice esser tempo di navigare dalle calende di Aprile a quelle di Ottobre. Nondimeno Bartolo soggiunge, che in ciò si deve osservare la consuetudine; laonde non è tenuto il navigante, allorchè fa quello che avrebbe fatto un diligente nocchiero, nel caso che la detta legge non fosse osservata rispetto al tempo; lo che avviene massimamente presso i Veneziani, i quali navigano in ogni tempo. Le rendite delle barche sono regalie, come quelle dei carri. Però oggidì accade altrimenti in Italia, perchè le città nostre prescrissero per se tali diritti mediante la consuetudine. Intorno poi a' privilegi dei nocchieri, e quando ne possano usare, come pure intorno la materia della navigazione e del nocchiero, vedi i testi, la glossa ed i Dottori (*a*).

(8) *In d. l. quoties, in fin.*
(9) *Ut dixi in tit. praeced. vers. hodie civitates.*
(10) *Vide l. semper, § navigatores, cum gloss. magna, D. de jure immuni, et Hostiens, in summa tit. de peregr.*
(11) *Vide in toto tit. C. de navicula, et tit. sequen. de praediis navi. et in aliis sequen. videlicet in tit. de navibus non excu. et de naufrag. de class. lib. 11. et tot. tit. D. naut. caup. stab. et tit. D. et C. de naut. foen. et in authen. de naut. usu. col. 9. et D. ad leg. Rhod. de jact. l. 1. et 2. et l. scapham, D. de evict. Bald. in l. 1. § de exercitoriis, D. nautae caup. stab.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XXIX.

a) 1.° Che non vi possa essere servitù prediale sulla nave, l'ho detto già nell'annotazione *a* al Capo XI del Trattato I.

Ma bensì sulla nave altrui vi può essere secondo il Codice austriaco servitù personale e secondo il Codice Napoleone diritto di usufrutto o di uso.

Del ministero od opera dei servi ho parlato nell'annotazione *a* al Capo VII di que Trattato.

Digitized by Google

2.° Per l'articolo 2.° del vigente decreto italiano sulla navigazione 20 maggio 1866 n.° 35 questa sui laghi è libera.

Da ciò mi sembra che possano dedursi due cose.

La prima che i laghi navigabili sieno come i fiumi e le riviere navigabili od atte a trasporto, beni universali o pubblici lasciati in uso di tutti.

La seconda che in conseguenza presso di noi non si possa parlare di servitù secondo la legge civile di navigare su un lago onde passare dal fondo proprio all'altrui.

3.° Che vi possa essere derivazione ossia estrazione di acqua anche da un lago, mi pare chiaro.

Lo dice eziandio il Romagnosi nel 1.° volume pag. 36 della sua condotta delle acque, opera che sì di frequente ho citata in questo mio lavoro.

Mi par chiaro egualmente che l'acqua derivata ossia estratta da quel lago possa essere condotta a vantaggio del proprio fondo pel fondo o nel fondo altrui.

In questo senso vi può essere servitù di acquidotto o di condotta d'acqua del lago.

4.° Il Cipolla sulla base delle leggi romane dice essere lecito ai naviganti di accostare la nave alle rive e di legarne le funi agli alberi che ivi si trovano.

Mi pare chiaro parlare egli delle rive di un'acqua navigabile.

Intorno a ciò faccio e pel Codice Napoleone e per l'austriaco le seguenti osservazioni.

Distinguo le rive del mare da quelle di qual si voglia altra acqua navigabile, od atta a trasporto.

a) Essendo le rive del mare, vale a dire i lidi, quali gli ho definiti nell'annotazione n.° 1 al Capo XXVII del presente II Trattato, proprietà dello Stato lasciata però in uso universale e pubblico di tutti i suoi cittadini ed anche degli stranieri quando a questi ultimi lo Stato proprietario ne permetta quell'uso, come ho osservato al n.° 2 della suddetta annotazione, parmi che approdare colla propria nave a quelle rive o lidi sia permesso ad ogni cittadino dello Stato, quando questo non lo abbia proibito, e ad ogni straniero quando lo Stato stesso lo abbia permesso.

aa) Alberi su quelle rive o lidi parmi che non possano esistere sia per la natura del suolo, sia per l'azione che le onde marine esercitano su esso.

Ma se ne potessero esistere e ne esistessero non mi pare che potessero essere proprietà privata, considerata questa come il contrapposto della proprietà pubblica lasciata all'uso universale o pubblico del quale di sopra ho parlato.

Infatti se quelle rive o lidi sono un bene universale o pubblico ad uso di tutti, non sono proprietà privata non solo di singoli particolari, non solo di private società, nemmeno del Sovrano come patrimonio da esso non posseduto come capo dello Stato, nemmeno dello Stato come bene demaniale ovvero della Corona, nemmeno infine di un Comune, come patrimonio comunale.

Quelle rive o lidi sono in conseguenza di tutto ciò affatto esclusi dal privato commercio.

Essendo destinate all'uso pubblico di tutti, tale destinazione esclude che possano servire all'uso esclusivo di singole private persone, o di persone per finzione legale considerate come private.

Ora se quelle rive o lidi sono un bene ad uso di tutti, se sono escluse dal privato commercio, se il loro uso pubblico a favore di tutti esclude un uso esclusivo a favore di singoli, mi sembra eziandio che gli alberi che su esse potessero esistere ed esistessero, dovessero come accessioni di esse seguire perfettamente la loro natura.

Quindi anche quegli alberi sarebbero bene ad uso di tutti, bene fuor del privato commercio, bene non suscettibile di uso esclusivo per parte di nessuna singola persona privata o considerata per legale finzione come privata.

Da tutto ciò poi ne verrebbe, che quando lo Stato o non avesse proibito, o avesse permesso come ho detto di sopra di approdare colla nave a qualche punto della riva o lido del mare il navigante potesse anche attaccare legandola quella nave agli alberi che ivi potessero esistere, se ed in quanto lo Stato stesso al quale non può negarsi diritto di regolare l'uso dei beni universali o pubblici non lo avesse proibito, o non avesse creduto di sottrarli a quell'uso tagliandoli.

bb) Gli alberi invece esistenti sui terreni aderenti alle rive o lidi del mare, ma che non sono in esse rive o lidi compresi, sono come quei terreni proprietà privata.

In forza di tale proprietà, e rigorosamente parlando, pare venirne, che se anche lo

Digitized by Google

Stato o non avesse proibito od avesse permesso a' naviganti di approdare colle loro navi a qualche punto delle rive o lidi del mare il privato proprietario degli alberi esistenti sui suddetti terreni aderenti possa proibire ai naviganti stessi di legare quelle navi ai di lui alberi quando o non ne abbiano acquistato contro di lui diritto o quando almeno ei non l' abbia loro permesso.

Se esiste quel diritto dei naviganti il proprietario degli alberi non può tagliarli in modo da renderne impossibile l' esercizio.

Se esiste quel permesso esso non è irrevocabile senza un patto espresso che lo abbia reso tale.

E se non vi è quel patto espresso, il permesso pare rivocato col tagliare che facesse il proprietario quegli alberi.

b) In quanto alle sponde o ripe di qualunque altra acqua navigabile od atta a trasporto osservo quanto appresso.

Appunto perchè navigabile od atta a trasporto, quell' acqua è un bene universale o pubblico lasciato in uso di tutti.

Come ho detto anche nell' annotazione *g* al n.° 12 al Capo IV del presente II Trattato ognuna di quelle acque navigabili ha sponde ossieno ripe *laterali* ed *orizzontali*.

aa) Ivi ho detto eziandio che cosa sieno le prime e le seconde.

Le sponde o ripe *laterali* di qualunque di quelle acque navigabili deggiono essere pubbliche, vale a dire, lasciate come queste ad uso di tutti.

Pubblici in uso di tutti, e non proprietà privata deggiono essere dunque gli alberi che esistessero su quelle ripe o sponde laterali, e che ne sono accessione.

Deggiono esserlo pegli stessi motivi che ho addotto alle lettere *a*, *aa* della presente annotazione n.° 4 in riguardo agli alberi che esister potessero ed esistessero sulle rive o lidi del mare.

Quindi in quanto al legare le navi agli alberi delle suddette sponde laterali è applicabile quanto ivi ho detto circa il legarle agli alberi della riva o lido marino.

bb) Nella suindicata annotazione *g*, n.° 12 al Capo IV del presente II Trattato ho provato che le sponde o ripe *orizzontali* di un'acqua navigabile od atta a trasporto sono proprietà privata dei padroni dei terreni giacenti lungo quell' acqua.

Anche gli alberi dunque esistenti su quelle sponde o ripe orizzontali esser deggiono proprietà privata.

Ciò essendo, è applicabile al legare a questi alberi le navi quanto ho detto nella presente annotazione n.° 4, lettere *a*, *bb* circa al legarle agli alberi esistenti su terreni adjacenti alle rive o lidi del mare.

5.° In regola mi pare che la navigazione possa esercitarsi in ogni tempo dell' anno, e che non sia ristretta al tempo indicato dal Cipolla.

6.° Finalmente il diritto d' imporre tasse anche di navigazione è un diritto regale, ossia di Maestà inalienabile ed imprescrittibile anco pel § 1456 del Codice austriaco.

Il diritto di esigere eziandio quelle tasse, sia che venga esercitato immediatamente dallo Stato per *economia* sia mediante appalto a' privati è pure nell' Impero austriaco imprescrittibile in base al § 237 della legge sul bollo e sulle tasse del 27 gennajo 1840 conservata in questa parte in vigore dalla legge posteriore 9 febbraio 1850 Patente di pubblicazione § II.

Digitized by Google

CAPUT XXX.

DE LACU.

I. *Lacus est qui perpetuam aquam habet.* — II. *Stagnum est, quod temporalem continet aquam ibi stagnantem.* — III *Ex lacu vel ex stagno aquaeductus servitus concedi non potest.* — IV. *Servitus aquae tollendae per rotam ex lacu an imponi possit.* — V. *Interdictum de fonte in lacu etiam locum habet.* — VI. *Lacuum seu stagnorum alluvione si uni aliquid detrahatur, et alteri addatur, quid juris.* — VII. *Lacus fructus si a Perusii communi emerim, autem habebat ibi proprias naves ad piscandum, quarum etiam usum volo, quid juris.*

I. *Lacus est, qui perpetuam habet aquam* (1). *Lacus est, qui vivam aquam habet, non tamen inde exeuntem* (2) *lacus appellatus, sicut est lacus Gardae, qui habet aquam exeuntem et facientem initium, et hoc attestatur Plinius dicens. Lacus est Italiae, natus in agro Veronensi initium omne transmittens.*

II. *Stagnum* (*) *est, quod temporalem continet aquam ibi stagnantem, quae quidem plerumque hyeme cogitur* (3)

III. *Ex lacu vel stagno servitus aquaeductus concedi non potest* (4). *Et ibi po-*

CAPO XXX.

DEL LAGO.

I. È lago quello che ha sempre acqua. — II. È stagno quello che ha acqua in certi tempi ivi stagnante. — III. Non si può concedere la servitù di acquidotto dal lago o dallo stagno. — IV. Non può imporsi la servitù di prender acqua dal lago mediante una ruota. — V. L'interdetto del fonte ha luogo eziandio per il lago. — VI. Che di diritto, se per alluvione del lago o degli stagni viene tolto alcunchè ad uno ed aggiunto ad un altro? — VII. Che di diritto, se io avrò comperato dal comune di Perugia i frutti del lago, qualora il comune avesse colà le proprie navi per pescare, ed io volessi usare anco di esse?

I. È lago quello che ha sempre acqua; e la glossa così lo definisce: Lago è quello che contiene acqua viva, la quale non pertanto ha uno sfogo, com' è il lago di Garda, che ha un'acqua la quale di là parte e fa capo; il che è attestato da Plinio, che dice: v' ha un lago in Italia, sorto nell' agro Veronese, il quale trasmette tutte le acque che riceve.

II. Stagno (*) poi è quello che contiene acqua temporaria ed ivi stagnante, la quale per ordinario si raccoglie d' inverno (a).

III. La servitù d' acquidotto non può esser concessa dal lago o dallo stagno, co-

Digitized by Google

per totam ex lacu imponi possit, vide text. gloss. (1).

V. *Interdictum de fonte habet locum etiam in lacu* (2). *Lacus nec crescit, nec decrescit, licet quamdoque aqua crescat vel decrescat* (3). *Et ideo lacus et stagna licet interdum crescant, interdum decrescant, suos terminos tamen retinent. ideo in his jus alluvionis locum non habet* (4). *Sed circa hoc conclude.*

VI. *Quidam lacus et stagna privata sunt, tunc non est dubium, quod per alluvionem uni neque detrahit, neque addit: sed locus ille qui aqua lacus vel stagni inundatur, remanet ejus, cujus primo fuerat* (5). *Quidam sunt lacus et stagna publica, et hoc duobus modis esse potest. quandoque enim sunt publica, id est, rei publ. ut ibi nullus piscari possit, nisi ille cui respublic. commiserit, ut in lacu Perusino: et tunc idem ac si privatus* (6) *quandoque sunt publico, et in usu publico, quia per eum quilibet transit, et in eo piscatur quilibet ad placitum: tunc addit et detrahit per alluvionem sicut flumina publ.* (7),

VII. *Sed pone, emi a communi Perusii fructus lacus, commune autem habebat ibi proprias naves ad piscandum, quarum usum volo: commune negat, quid juris? dic quod debeo habere: quia redigor ad instar usufructuarii vel conductoris* (8).

(1) *Et Dd. in l. 2. D. communia praed.*
(2) *L. 1. in princ. D. de fonte, et dicam infra de fontibus.*
(3) *L. vicinus, § lacus, D. de aqua plu. arcend.*
(4) *L. lacus et stagna in princ. de acquir. rer. dom. et l. Rutilia Polla, D. de contrahen. empt.*
(5) *D. § lacus, et d. l. lacus.*
(6) *L. sed et Celsus, D. de contrahen. empt.*

(*) *Stagno.* Stagnum publicum an potest piscari impune, *vide Specul. in tit. de causa possess. et propr. in princ. in 8. col. in vers. octavum est, ut liceat.*

dal lago mediante una ruota possa essere imposta, vedi ne' testi e nella glossa (*c*).

V. L' interdetto del fonte ha luogo eziandio per il lago (*d*). Il lago nè cresce, nè cala, quantunque l' acqua talora cresca o decresca. E però sebbene il lago e gli stagni ora crescano ed ora calino, tuttavia conservano i loro confini; laonde per essi non ha luogo il gius d' alluvione.

VI. Ma circa le predette cose conchiudi così. Alcuni laghi o stagni sono privati; ed allora non v' ha dubbio, che mediante l' alluvione non vien tolto ned aggiunto ad alcuno; ma quel sito, ch'è rimasto innondato dall' acqua del lago o dello stagno, resta di quello cui prima apparteneva. Altri laghi o stagni sono pubblici, e questo può avvenire in due modi. Imperocchè talora sono pubblici, cioè della repubblica, così che nessuno possa in essi pescare, tranne quello cui la repubblica diede licenza, come succede nel lago di Perugia; ed allora avviene lo stesso come dei privati. Talora sono pubblici ed in uso pubblico, dacchè per essi passa chiunque, e chiunque può in essi pescare a piacimento, ed allora mediante l'alluvione si aggiunge o si toglie, come nei fiumi pubblici (*e*).

VII. Ma poni quest' esempio. Io comperai dal comune di Perugia i frutti del lago. Il comune poi tiene colà le proprie barche per pescare, ed io voglio adoperarle; il comune mel vieta; che di diritto? Rispondi, che devo averle, perchè sono nella condizione di un usufruttuario e di un conduttore (*f*).

(7) *D. de verb. sign. l. litus, D. ut in flum. publ. naufr. lib. 1. et ita not. Bart. in tract. Tyber. in 4. col: vers. de lacu. vero et stagno et vide Bart. et Dd. in d. l. lacus, et d. l. Rutilia Polla.*
(8) *D. loc. l. sed addes, § illud facit, D. de usufr. l. item si fundi, § seminarios,* secundum Bald. *in l. fundo de verbor. significat.* in lacu Perusino, *vide gloss. in l. eo fun. instruct.*

(*) *Stagno.* Se si possa pescare impunemente nel lago pubblico, vedi nello Speculatore.

ANNOTAZIONI AL CAPO XXX.

Digitized by Google

» delle nevi, ed altri sono perpetui: questi ultimi suppongonsi mantenuti da sorgenti che » trovansi al loro fondo. »

Anche la Enciclopedia francese del d'Alembert chiama *lago* un « grande ammasso » d'acqua radunata in mezzo ad un continente, chiusa nelle cavità della terra, e che occu» pa uno spazio molto esteso. In generale un *lago* non differisce da uno *stagno* se non » perchè la estensione del primo è più grande ed il suo volume d'acqua più considera» bile ecc. »

Dal dizionario poi del Merlin alla voce *Etang* (stagno) vedesi che in Francia si dà tal nome anche « ad un ammasso d'acqua sostenuta da un argine e nella quale si nutri» sce del pesce. »

Forse in italiano quello stagno ad uso di pesce potrebbe chiamarsi *peschiera*.

Nelle lagune di Venezia si chiama *Valle*.

In fatti il Rompiasio nel suo metodo in pratica di sommario, ossia compilazione delle leggi ecc. appartenenti al Collegio e Magistrato delle acque ecc. Venezia 1733 senza nome di stampatore pag. 134 dice « che la *valle* » (nelle lagune) « consiste in uno spazio di » acque e paludi circoscritto da proprii confini, ove si annida il pesce che vi nasce, o scorre » o vi si getta, perchè si nutrisca e si conservi. Si distinguono dall'essere altre aperte » ed altre chiuse fino al tempo opportuno delle pesche. »

E a pagina 135 aggiunge « che le valli tanto aperte quanto chiuse servono anche alla » caccia di uccelli per godimento dilettevole oltre quello proficuo ecc. »

(*b*) Se vi possa essere servitù sul naviglio, l'ho detto nell'annotazione *a* al n.° 1, e se vi possa essere servitù di acquedotto ossia di condotta d'acqua dal lago l'ho detto nella suddetta annotazione *a*, n. 3 al Capo XXIX del presente II Trattato.

(*c*) Per quanto ho detto al n.° 1 dell'annotazione *a* al Capo IV del suddetto Trattato vi può essere servitù di estrazione o derivazione d'acqua eziandio da un lago.

Siccome poi al n.° 3 di quell'annotazione ho detto che l'acqua può essere condotta con qualunque istrumento non escluso da titolo o da possesso, per la stessa ragione parmi che l'acqua del lago possa essere estratta anche mediante ruota, come pel rimanente ho osservato nella suddetta annotazione.

(*d*) Qui il Cipolla dice che l'interdetto del fonte ha luogo eziendio pel lago.

Nell'annotazione *e* al Capo XLVII al Trattato I ho osservato che a quell'interdetto parmi che corrispondano per le leggi italiana ed austriaca le azioni possessorie delle quali ho parlato nell'annotazione *d* al Capo II di quel Trattato.

Quelle azioni possessorie nella servitù di estrazione d'acqua eziandio da un lago, hanno luogo per la legge italiana, perchè essendo secondo gli articoli 688 e 689 del Codice Napoleone quella servitù continua ed apparente si acquista non solo per titolo ma eziandio per possesso secondo l'articolo 690: quindi è mantenibile in via possessoria.

Si acquista quella servitù in ogni caso anche col possesso e quindi è mantenibile in via possessoria per la legge austriaca.

(*e*) Sieno i laghi e gli stagni pubblici o privati, cioè navigabili od atti a trasporto o no, non havvi alluvione a favore dei proprietarii lungo le rive di essi, secondo l'art. 558 del Codice Napoleone, sia che il terreno venga aggiunto alla riva, sia che rimanga scoperto per averlo abbandonato l'acqua come dicono i precedenti articoli 556 e 557.

Digitized by Google

volta il diritto di pesca su quei laghi fosse stato da qualche persona privata o da trattarsi come privata legittimamente acquistato a titolo oneroso.

Dalla disposizione dell'articolo 67 risulterebbe a mio avviso, che se anche su quei laghi in antico quel diritto di pesca fu considerato una regalia, lo Stato in regola vi avrebbe rinunciato, lasciando la pesca all'uso di tutti verso licenza e verso la osservanza di un Regolamento di polizia, che, sia detto poi per incidenza, nè pei laghi pubblici nè pei fiumi e torrenti fu mai pubblicato presso di noi.

Dalla disposizione dell'articolo 68 risulterebbe che a quell' uso di tutti sarebbe stata sottratta quella pesca sui laghi pubblici, quando ne competesse a qualche persona privata o qualificata per finzione di legge privata, diritto legittimamente acquistato a titolo oneroso.

Da ciò quindi ne deriverebbe che se in antico il diritto di pesca su quei laghi fu considerato una regalia, questa regalia era però soltanto una delle così dette regalie *minori* che a detta del Richeri *Trattato dei feudi* § 192 « potius consistunt in redditu ac fructu » quae proinde *fiscalia* ab aliquibus nominantur, quasi ad fisci seu Principis aerarium spe» ctantia atque haec facilius in vassallos transferuntur, veluti jus piscandi ecc. » Regalia minore che poteva cioè alienarsi e fors'anche perdersi dallo Stato per prescrizione ed acquistarsi contro di esso da persone private o parificate alle private per usucapione.

Veduta poi la originaria natura del diritto di pesca sui laghi pubblici parmi venirne, che se anche lo Stato proprietario di esso, lo ha lasciato per noi in regola, come ho detto di sopra, all'uso di tutti, e ne ha fatto come dice specialmente il § 287 del Codice civile austriaco un bene *universale* o *pubblico*, non è tolto allo Stato stesso di farne invece, come dice il § stesso, un *patrimonio* dello Stato, ossia come dice il Romagnosi a pagina 54 del suo Trattato sulla condotta delle acque Tom. I un bene *demaniale*, ossia *fiscale*, nel qual caso lo Stato può venderlo, affittarlo e può perderlo eziandio a quanto sembrami per prescrizione.

Quindi per discutere una quistione la quale si avvicini a quella qui trattata dal Cipolla, se presso di noi lo Stato proprietario del diritto di pesca su un lago pubblico me ne vendesse per un tempo e prezzo determinato l' uso, esisterebbe pei §§ 1090 e 1094 del Codice austriaco, ed anche per l'articolo 1709 del Codice Napoleone fra me e lui un contratto di locazione di quell' uso.

Quindi come dice il Pothier nel suo Trattato della locazione § 54, lo Stato locatore dovrebbe consegnare a me come conduttore la cosa locatami con tutti gli accessorii, quando questi non fossero espressamente esclusi dal contratto, cosa questa che desumesi eziandio dal § 1096 dal Codice austriaco e dall'articolo 1719 del Codice Napoleone.

Quindi se quella pesca locatami fosse stata esercitata dallo Stato e fosse esercibile navigando con barche, esso quando il contratto non lo esonerasse espressamente da tale obbligo, dovrebbe consegnarmi quel mezzo di esercizio il quale sarebbe un accessorio del locatomi diritto.

Digitized by Google

CAPUT XXXI.

DE FLUMINIBUS.

I. *Flumen quid sit, et de ejus multiplici differentia.* — II. *Torrens est quod hyeme currit.* — III. *Flumen a rivo in quo differat.* — IV. *Fluminis publici cujus sit proprietas et usus.* — V. *In loco publico, sicut sunt flumina, etc. aedificare non licet.* — VI. *Fluminum publicorum usus communis est, sicut viarum publicarum littorum.* — VII. *Statutum si dixerit, quod gentes loci teneantur sequi usque ad alveum novum fluminis, an ultra alveum desiccatum gentes sequi teneantur.* — VIII. *Fluminis caput est, unde aqua nascitur.* — IX. *Flumen si in agrum meum lignamina duxerit, an mea efficiantur, remissive.* — X. *Villae alicujus vel castelli dominus si locaverit dictam villam vel territorium, vel terrena loca, an rivos aquarum, vel pontes: vel alia sylvestria loca locasse videatur.* — XI. *Concedam si tibi castrum cum toto territorio, an in ea concessione locus sylvestris, vel usus aquarum veniat.* — XII. *Castro concesso, munitiones quae ad castri defensionem existunt concesse intelliguntur.* — XIII. *Flumina nunquid veniant in concessione feudorum regalium, si forte usque ad tale flumen concedantur, vel de tali flumine usque ad tale.* — XIV. *Dictio, ad cujus naturae sit.* — XV. *Flumen si navigabile sit, praetor concedere nequit aquaedustum.*

I. *Flumina quaedam sunt perennia, quaedam torrentia. Perenne est illud, quod semper fluit.*

II. *Torrens est, quod in hyeme currit,*

CAPO XXXI.

DEI FIUMI.

I. Che cosa sia il fiume, e delle sue molteplici differenze. — II. È torrente quello che scorre d' inverno. — III. In che cosa il fiume differisca dal rivo. — IV. Quali siano la proprietà e l'uso del fiume pubblico. — V. Non è lecito fabbricare nei luoghi pubblici, come sono i fiumi. — VI. L'uso dei fiumi pubblici è comune, come lo è quello delle strade pubbliche e dei lidi. — VII. Se lo statuto dirà, che la gente del luogo sia tenuta a seguire sino all' alveo nuovo del fiume, sarà essa obbligata a seguire sin oltre l'alveo disseccato? — VIII. È capo del fiume quello donde nasce l'acqua. — IX. Se il fiume avrà condotto nel mio fondo alcuni legnami, questi diventano miei? brevemente. — X. Se il padrone di una villa o di un castello avrà locato la detta villa, od il suo territorio, od i luoghi terreni, sembrerà forse che abbia locato anche i ponti o i rivi d' acqua, o gli altri luoghi silvestri? — XI. Se io ti concedo un castello con tutto il suo territorio, è forse compreso in tale concessione anche il luogo silvestre o l' uso delle acque? — XII. Colla concessione del castello s' intendono concesse anche le munizioni, che servono alla sua difesa. — XIII. Sono forse compresi i fiumi nella concessione dei feudi regali, se per avventura fosse concesso sino al fiume tale, oppure dal tale fiume sino al tal altro? — XIV. La dizione *a* di che natura sia. — XV. Se il fiume è navigabile, il pretore non può accordare l'interdetto.

I. Dei fiumi alcuni sono perenni, altri sono torrenti. Perenne è quello, che sempre scorre.

II. Torrente è quello, che corre d' in-

Digitized by Google

ad tempus fluunt, ut Rapo, Meloncellon, quae sunt privata: ut dicit gloss. et est in § flumina: Instit. de rer. divis. *qui dicit, flumina omnia publica sunt, debet intelligi de fluminibus perpetuis, ut est Padus et Rhenus, secundum gloss. ibi, privata vero flumina sunt, quae manu extracta sunt* (1) *quae exemplificant de fossatis in agris positis, quae crescunt et decrescunt. Flumina quaedam navigabilia, quaedam non* (2).

III. *Flumen a rivo magnitudine discernendum est, aut extimatione circumcolentium:* ut l. 1. § 1. ff. de flum. *quem text. not. ad probandum quid sit flumen, aut in cujus territorio sit, quia recurrendum est ad extimationem seu opinionem circumcolentium, et propterea debent accipi testes fluminis: ut etiam est faciendum, quando dubitatur de aliquo opere, de quo non extat memoria* (3).

IV. *Dicamus primo de flumine publico, et primo cujus sit proprietas* (*) *et usus. Et dic proprietatem esse Caesaris, quia flumina sunt de regalibus* (4). *Sed hodie civitates Lombardiae, cum sibi de consuetudine vel ex privilegio pacis Constantiae acquisiverint merum imperium et regalia* (5) *aliter dixerit, et quae sunt in Lombardia, sunt illius in cujus territorio fluunt; et ita tenet Bart.* (6) *qui plus dicit, quod etiam civitates totius Italiae praescripserunt sibi merum imperium, et flumina secundum civitates Lombardiae, potest etiam juvari titulo de pace Constantiae* (7), *aliae vero civitates extra Italiam, si habent regalia, dicuntur habere proprietatem fluminum, quae sunt in earum territorio, et non aliae, et hoc vult Angel.* (8).

V. *Et ex praedictis sequitur, quod sicut in loco publico regulariter non licet aedificare* (9), *ita nec licet in flumina publica aedificare, nisi authoritate publica, puta principis vel senatus* (10), *vel authoritate populi, per cujus territorium discurrit, si ille populus habet regalia, ut populus Bonon.; unde in flumine Rheni licite*

in certi tempi, come l' Alpone, il Meloncello, che sono privati. La glossa dice, che tutt' i fiumi sono pubblici; ma si deve intendere dei fiumi perpetui, come sono il Reno ed il Po. Privati poi sono que' fiumi, che vengono scavati a mano d' uomo, e la glossa porge l' esempio dei fossati posti fra i campi, i quali crescono e decrescono. Dei fiumi, alcuni sono navigabili, ed altri no.

III. Il fiume si deve distinguere dal rivo per la sua grandezza, o per l' estimazione degli agricoltori circostanti, come dice il testo della legge 1 § 1.° *ff. de flum.*, il quale serve a provare che cosa sia il fiume, o nel territorio di chi sia, dappoichè deesi seguire la stima od opinione dei circostanti abitatori, e però devono essere accolti come testimoni del fiume; come pure si deve ciò fare, allorquando si dubita di qualche lavoro, di cui non resta memoria (a).

IV. Parliamo primamente del fiume pubblico, ed innanzi tutto di cui siano la proprietà (*) e l' uso. Rispondi, che la proprietà è di Cesare, perchè i fiumi appartengono alle regalie. Ma oggidì le città di Lombardia, avendo acquistato per consuetudine o per privilegio della pace di Costanza, il mero imperio e le regalie, hanno la proprietà dei fiumi, che corrono nel loro territorio. Così opina Bartolo, il quale dice di più, che anche le città di tutta Italia prescrissero a loro favore il mero imperio e le regalie, come le città di Lombardia. Al che può giovare il titolo della pace di Costanza. Le altre città poi fuori d' Italia, se hanno le regalie, si dicono avere la proprietà dei fiumi, che scorrono nel loro territorio, e non altrimenti, come vuole Angelo.

V. Dalle predette cose consegue, che siccome nel luogo pubblico di regola non è permesso fabbricare, così neppure nei fiumi pubblici, senza pubblica autorità, per esempio, del principe o del senato, o senza l' autorità del popolo, nel cui territorio il fiume scorre, se mai quel popolo possedesse le regalie, come il popolo di Bologna, il

(1) L. 1. § *si fossa, ff. de flum. et not. gloss. in d. l. nemo*, § 1. *et d.* § *flum.*

(2) L. 1. § *in fluminum, cum* § *sequent. et l. quominus, ff. de fluminib. et l.* 1. *ff. ne quid in loco publ.*

(3) *Et per Mar. sil. et Raphe. Pul. in l. si ca.*

et late per Angel. de Aret. in l. illud la. 2. *de appel. licet Bald. in c. domino guerriam, ante fin. in princ. in tit. hic finitur lex deinde inci. consuet. rer.*

(6) *In l. quominus, in 2. col. in fin. de flumin.*

(7) *Et adde quae dixi supra de portu, verbis. hodie vero civitates Italiae et sit. de navigio circa fin.*

Digitized by Google

concedet potestatem, aedificandi molendinum privato, dum tamen sine incommodo cujuscumque fiat (1). *Item si concedatur per legem municipalem, id est, statutum d.* (2). *Item si concedatur per administratores civitatis, quae habet regalia* (3). *Et vide quae ibi not. Barthol. Sed si populus aut civitas non haberet regalia, seu merum imperium, non posset concedere jus aedificandi in flumine publ., ex quo publica flumina sunt de patrimonio Caesaris* (4). *Et praedicta intellige in flumine publico navigabili, secus si est flumen non navigabile, nam flumina publica sunt juris communis, quia de jure communi in flumine publico sine cujuspiam injuria absque alia impetratione aedificari potest, si non est navigabile, nec specialiter vetetur per principem vel senatum et similes* (5), *et vide quae not. Bald.* (6), *ubi ponit, an et quando quis possit in flumine publ. aedificare? et adde praedictis omnino quae plene dixi supra* in tit. de ser. ur. in q. 10. cum q. seq. *ubi plene examinavi, an et quando loca puta viae et flum. possint vendi seu alienari, et quando aedificatur in flumine publico an debent caveri de damno infecto* (7).

VI. *Usus autem fluminum publicorum communis est, sicut: viarum publicarum et littorum* (8). *Et ista communio hoc inducit, ut jus piscandi* (**) *omnibus commune sit, in fluminibus et portu* (9), *et ex praedictis sequitur decisio multarum quaest. circa fin. Item ista communio inducit, ut locus sit praeoccupationi* (10), *et per hoc patet decisio, de duobus plaustris invicem sibi obviantibus, quia deferendum est ei, quod primo viam intravit, quia praeoccupavit sibi usum et appropriavit. Sed si simul erit locus gratificationi, et si via est capax amborum curruum, invicem sibi cedere debent, secundum Angel. et Doct.* (11), *et idem dicas de duabus navibus invicem obviantibus flumine vel rivo eadem ratione. Fluvius est ipsa aqua fluens, quae est eadem; sicut vinum, licet de dolio in*

quale perciò lecitamente concede ad un privato la potestà di fabbricare un mulino, purchè ciò faccia senza recar danno ad alcuno. Così pure se lo concede una legge municipale o statuto, o se lo consentano i rettori d' una città, ch' abbia le regalie; e vedi su ciò quello che dice Bartolo. Ma se il popolo o città non avesse le regalie o il mero imperio, non potrebbe concedere il diritto di fabbricare nel fiume pubblico, per ciò che i fiumi pubblici sono patrimonio di Cesare. Le predette cose intendi procedere pel fiume pubblico navigabile, non già per l' innavigabile; imperocchè i fiumi pubblici sono di gius comune, e per questo si può fabbricare sul fiume pubblico senz' uopo di permesso, qualora non si rechi danno ad alcuno; posto però che il fiume non sia navigabile, o non vi sia proibizione speciale del principe, del senato o simili. Vedi circa ciò quello che dice Baldo, il quale osserva se e quando alcuno possa fabbricare sul fiume pubblico; ed aggiungi alle predette cose quanto ho detto sopra nel capo della servitù urbana, quest. 10 e seg., dove esaminai pienamente, se allorquando si fabbrica sul fiume pubblico, si debba guarentire pel danno recato (b).

VI. L' uso poi dei fiumi pubblici è comune, come lo è quello delle strade pubbliche e dei lidi. E questa comunione reca lo effetto, che il diritto di pescare (**) sia comune a tutti nei fiumi e nei porti. E dalle predette cose segue la decisione di molte questioni. Del pari tale comunione produce l' effetto, che si ammette la occupazione del primo; per la qual cosa è chiara la decisione circa i due carri, che contemporaneamente si vanno incontro, perchè dee favorirsi quello che primo si pose in via, avendo preoccupato ed appropriatosi l' uso. Ma se amendue si misero in viaggio nel tempo medesimo, allora si farà luogo alla gratificazione; e se la strada è capace per ambi i carri, dovranno scambiarsi fra loro, secondo Angelo ed i Dottori. Lo stesso dirai di due navi che s' incontrano in un fiume o canale, per

(1) *D. l. fluminum, in princ.* et hoc not. Angel. et Dd.

(2) *Populi l. 2. in vers. 1. ff. ne quid in loco publ. et l. prohibere, § plane, ibi, si non lex municipalis*

publica utique privatorum usib. deserviunt, ff. ne quid in loc. publ.

(9) § *flumina, Instit. de rer. divis. et ibi gloss. et Doct. et Bald. in l. item lapilli, 1. quaest. ff. eod.*

Digitized by Google

lolium sit mutatum, ita dicit Bald. (1). *Quaero quomodo agnoscatur, quando alveus sit mutatus: dic quando definit esse prima forma, id est, quando sic excrevit, quod aqua alia fluat* (2), *sed non credo simpliciter esse verum, quod flumen sit aqua fluens, imo constat ex aqua et alveo* (3), *et facit quod dixi supra de lacu, circa princ.*

VII. *Sed pone, statutum dicit, quod gentes loci teneantur sequi usque ad alveum novum fluminis, et an ultra alveum desiccatum teneantur sequi gentes, vide Guil. de Cuneo* (4), *ubi etiam declarat, si flumen mutavit alveum, an jus quod primo habebatur super eo remanet, et de ista mutatione alvei fluminis* (5).

VIII. *Caput fluminis dicitur unde nascitur aqua* (6), *et ita vult Bart.* (7) *qui dicit, quod caput fluminis est unde flumen originem cepit, ut si ex fonte, ipse fons sit caput, et ibi dicitur esse princ. seu initium* (8), *et eodem modo pes, et finis dicitur locus, ubi terminatur, scilicet mare, in quod intrat: vel aliquod flumen* (9). *Flumina publica dicuntur communia, eo quod omnibus animantibus permittitur his uti publice, sicut communibus, et lavando, et bibendo, vel similia faciendo,* ut not. gloss. in l. item lapilli, ff. de rer. divis. *Item aqua fluminum publicorum est communis* (***) *quia conceditur occupanti, et animalibus irrationalibus* (10), *et propterea dicit ibi Bald. quod licitum est exportare aquam de flumine, et exportantis efficitur, nisi propter hoc efficeretur omnino deterior navigatio* (11), *et similiter ex aqua sit sal, si extrahitur de flumine, vel mari, vel arena, efficitur occupantis, quod not. Nam flumina censitorum vice fungantur, ut ex privato in publicum addicant, et ex publico in privatum: et sic uni dant et alteri* (12).

IX. *Sed nunquid si flumen ducit lignamina in agrum meum, efficiantur mea, vel*

la stessa ragione. Fiume è la stessa acqua corrente, come è vino il vino, sebbene sia travasato d' una botte in altra. Dimando in qual modo si conosca che l' alveo è cambiato? Rispondi, allorquando non ha più la primiera forma, cioè quando crebbe sì fattamente, che corre un'acqua diversa. Ma non credo semplicemente che sia vero, che il fiume sia la stessa acqua corrente, perchè anzi esso consta d' acqua e di letto. Giova in proposito ciò che dissi sul lago (*c*).

VII. Ma poni quest' esempio. Lo statuto dice, che le genti del luogo sieno obbligate a seguitare il cammino sino al nuovo alveo del fiume; sono tenute a seguitarlo sin oltre all' alveo essiccato? Vedi Guglielmo da Cuneo, il quale opina, che qualora il fiume abbia mutato letto, resti intatto il diritto che prima si aveva sopra di esso, e parla di questo cangiamento del fiume (*d*).

VIII. *Capo del fiume* si dice quello, dal quale nasce l' acqua. Così pensa Bartolo, il quale dice, che capo di fiume è quello donde il fiume trae sua origine, così che se derivasse da un fonte, questo sarebbe il suo capo, il quale si dice anche principio. In egual modo si dice piede o fine quel sito ove esso termina, oppure il mare, ove sbocca, od un altro fiume. I fiumi pubblici si dicono comuni per ciò che a tutti gli uomini è permesso di usare di essi pubblicamente, come ai comuni, sia col lavare, sia col bere, o col fare altre cose simiglianti. Del pari l' acqua dei fiumi pubblici è comune (***) perchè è concessa a chi l' occupa, ed agli animali irragionevoli; e perciò dice Baldo, che è lecito portar via acqua dal fiume, e che diventa propria di chi la toglie, purchè in ciò fare non si renda totalmente peggiore la navigazione. Similmente con l'acqua si fa il sale; e se si estrae dal fiume, dal mare o dalla sabbia, diventa dell'occupante. Imperocchè i fiumi fanno le veci dei censori, attribuendo al pubblico ciò ch' è privato, ed al privato ciò ch'è pubblico; e così danno all' uno ed all' altro (*e*).

IX. Ma se il fiume conduce legnami nel mio fondo, diventano essi miei? o che è di

(1) *In rubr. de rer. divis. in 13. col. in fin. vers. fluvius autem,* allegat. quod not. *in l. si ususfructu civitat. D. quib. mod. ususfruct. amittend.*

(2) *L. adeo, § quod si tota, ff. de acquir. rer. domin.*

(3) *L. pen. et ibi gloss. D. de flum.*

(4) *In l. de quibus, D. de legib.*

(5) *Vide quae plenissime script. supr. in tit. de servit. 12. quaest. princ.*

(6) *Text. est in l. 1. § haec interdicta, vers. caput, ff. de aqua quotid. et aestiva ut est text. cum gloss. in l. serv. aquae de serv. rust. praed.*

(7) *In tract. de insula, in 6. colum.*

(8) *In d. vers. caput.*

(9) Et habetur plenius per Bald. *in l. 1. in 11. col. vers.* et est notandum, quod agri, *ff. de rer. divis.*

(10) *Ut not. gloss. in d. l. item lapilli, D. de rer. divis.*

(11) *L. quominus, de flum.*

(12) *L. ergo, § flum. ff. de acquir. rer. dom.*

Digitized by Google

quid juris sit, vide quae scripsi supra de littore maris in fin. (1).

X. *Si dominus alicujus villae vel castelli, locavit dictam villam, vel castellum, vel territorium, vel terrena, non videtur locare flumina, vel rivos aquarum, nec pontes, nec alia loca sylvestria ad culturam penitus inhabilia: nisi in quantum aqua est expedieus ad culturam, et de residuo dictae aquae poterit uti dominus pro collibus et praediis suis, ut est casus menti tenendus* (2), *et ibi hoc not. Bart. singulariter, et item tenet Ludo. de Ro.* (3) *qui plus dicit.*

XI. *Si concedo tibi castrum cum toto territorio, in ea concessione non venit locus sylvestris, per usus aquarum* (4). *Sed adverte ne decipiaris, quia si Lud. intellexit verbum, concessione plenaria, puta donatione, vel venditione, sicut capitur in l. fin. ff. de donat.; forte non diceret verum, quia eo ipso quod princeps donat castrum cum territorio, donare videtur etiam loca sylvestria et flumina* (5). (*V. in tit. de controversia invest.*).

XII. *Ubi dicitur, quod concesso castro, intelliguntur concessae et munitiones, quae sunt ad defensionem castri ibi positae perpetua patris sui destinatione, quamvis non sint infixae ut machinae, ballistae et simil. quod not. Sed si intellexit verbum Concede, pro locatione, vel emphyteusi, sicut loquitur d. l. diceret verum, et ita loquitur Bart. ibi, et ita salvari potest dictum Ludo. quia verbum Concedo generale est, et accipitur secundum naturam contractus, cui adjicitur* (6). *In divisionibus regnorum veniunt et cedunt flumina, secundum Arch.* (7) *et Albert. de Ros.* (8).

XIII. *Item nunquid flumina veniant in concessione feudorum regalium si forte concedantur usque ad tale flumen, vel de tali flumine usque ad tale? Et Arch. format istam qu.* (9). *Qui dicit, quod per illam*

diritto? Vedi ciò, che scrissi più sopra circa il lido del mare, in fine (*f*).

X. Se il signore d' una villa o d' un castello locò la detta villa o castello o il suo territorio od i terreni, non si stima aver locato i fiumi, nè i canali d' acqua, nè i ponti, nè gli altri luoghi selvosi affatto inetti a coltivazione, se non in quanto l' acqua è necessaria alla coltura; e del restante di detta acqua potrà il signore usare pei suoi colli e fondi; e questo è caso da tenere a mente. Così opina Bartolo singolarmente, e così pure Lodovico Romano, il quale dice in aggiunta,

XI. che se io ti concedo un castello con tutto il suo territorio, in tale concessione non va compreso il luogo selvoso per l' uso delle acque. Ma guarda bene di non restare ingannato, però che Ludovico Romano intese la parola *concessione plenaria* nel senso di donazione o di vendita, come è posta nella legge finale *ff. de donat.*, e forse non disse il vero, avvegnachè per ciò appunto che il principe dona il castello col territorio, sembra donare anco i luoghi silvestri ed i fiumi.

XII. E ne' libri de' feudi è detto, che concesso un castello, s' intendono concesse anche le munizioni, che colà furono poste a sua difesa per destinazione perpetua del genitore del concedente, sebbene non siano infisse ne' muri, come le macchine, le baliste e simili, lo che devi notare. Ma ivi la parola *concedo* è intesa nel senso di locazione, o di enfiteusi, come dicono i testi e Bartolo, e così si può proteggere il detto Ludovico Romano. Imperocchè la parola *concedo* è generale, e si piglia secondo la natura del contratto, nel quale è posta. Nelle divisioni dei regni poi sono compresi, e cedono i fiumi, come dicono l' Arcidiacono ed Alberico da Rosate (*g*).

XIII. Del pari i fiumi sono forse compresi nelle concessioni di feudi regali, qualora in esse sia detto: sino al tale fiume, oppure dal tale fiume sino al tal altro? L' Arcidiacono forma tale questione, e dice che per

Digitized by Google

XIV. *De dictione* ad, *satis potest dici, quod sit adjunctiva secundum eum, ut refert et tenet Bald.* (1). *Si flumen est in confinio duarum civitatum vel territoriorum, in dubio commune praesumitur esse, et jurisdictio cuilibet civitati competit, vel in ipso flumine usque ad medium fluminis, quia omnia sunt in confinio eorum, qui ab utraque parte possident* (2). *Unde circa ea quae committuntur in ipso flumine, quilibet habet jurisdictionem usque ad medium fluminis, et ita tenet Bart.* (3) *et idem not. Bald.* (4); *quod intellige, nisi appareret contrarium: puta quia alter dominorum, vel una tantum civitas totum flumen possedisset, dominando ipsi* (5), *vel nisi esset flumen privatum unius: quia tunc idem judicari deberet, sicut de fundo privato, ut statim dicetur de flumine privato.*

XV. *Si flumen est navigabile, non potest praetor concedere ductum aquae ex eo fieri, quia flumen minus navigabile efficiat. Idemque est et si propter hoc aliud flumen fiat navigabile* (6). *Nemo tamen poterit aedificare in flumine publico etiam non navigabili, puta faciendo clusam molendini, immittendo trabes vel caementa in ripa vicini eo invito: quoniam immittens habet solum usum, vicinus autem proprietatem et usum: ergo eo invito usufructuarius aedificare non potest; quantumcunque conditionem proprietarii meliorem faciat* (7), *et ita vult Angel.* (8), *et habetur per Bart.* (9), *et adde quae dixi supra* (10).

(1) *In d.* § *si quis de manso, penult. col. et Albert. in d. rub. C. fin. regun.*

(2) *L. arboribus, D. commun. div. l.* 2. § *praeterea, ff. de aqua plu. arcend. et l. adeo,* § *fin. de acquir. rerum dom.*

(3) *In tractatu Tyberiadis, in* 10. *col. versic. item videndum est.*

(4) *In c. ex his, in pen. col. ad fin. extra de probat.*

(5) *Ut dixi sup. de mari, vers. sed dubitari potest.*

XIV. Circa alla dizione *a* può dirsi abbastanza asserendo ch'essa è un'aggiuntiva, secondo ciò che opina e riferisce Baldo. Se il fiume è nel confine di due città o territori, nel dubbio si presume che sia comune, e che la sua giurisdizione spetti a ciascuna delle due città, oppure che ognuna l' abbia sino alla metà del fiume, perchè tutte le cose sono in confine fra quelli che possedono da ambe le parti. Laonde, circa ciò che vien fatto in esso fiume, ciascuna ha giurisdizione sino alla metà dello stesso. Così l' intendono Bartolo e Baldo; lo che procede, purchè non apparisca il contrario; per esempio, purchè un altro dei padroni, od una sola delle città avesse posseduto tutto il fiume, comandando sovr' esso; o purchè il fiume non fosse privato e spettante ad un solo; perchè allora si dovrebbe giudicare nello stesso modo, che circa il fondo privato, come subito si dirà (*i*).

XV. Se il fiume è navigabile, non può consentire il pretore che si faccia un acquidotto per derivar l' acqua da esso, così che si renda meno navigabile. È lo stesso, se in causa di ciò si renda navigabile un altro fiume. Tuttavolta nessuno potrà fabbricare nel fiume pubblico, anche non navigabile, per esempio, facendo una roggia per un mulino, od immettendo travi o pietra nella riva del vicino senza il suo consenso; imperocchè lo immettente ha soltanto l'uso, il vicino poi ha, oltre l'uso, anche la proprietà; e però senza il suo consenso l' usufruttuario non può fabbricare, sebbene con ciò renda migliore la condizione del proprietario. Così vuole Angelo, così dice Bartolo; ed aggiungi quanto ho detto più sopra (*k*).

(6) *L. si plures,* § *final. ff. de aqua pluv. arcend. et ibi Bd. et lex communis ibi per gloss. et Barthol. plene, ff. de flum.*

(7) *L. usufr. novum rivum, D. de usufruct. et l. fin. D. de usu. et hab.*

(8) *In l. fluminum, in prin. ff. de damn. infect.*

(9) *In d. l. quominus.*

(10) *In tit. de servitute aquaeduct. in* 5. *quaest. prin. et in* 1. *l.* 3. *quaest. prin.* et quae nota Bald. *in rub. ff. de rer. divis.*

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO XXXI.

(*a*) Che cosa sieno il *rivo*, il *fiumicello*, il *fiume* e la *riviera*, l' ho già detto nell' annotazione *e* n.° 1 al Capo IV del presente II Trattato.

E qui aggiungo quanto dice il Guglielmini nel luogo da me citato in quell'annotazione *e* n.° 1.

» Se l'acqua dei fiumi è continua in maniera che mai non si scopra il fondo del tutto, » si chiama *fiume perenne:* ma se qualche volta accade che resti affatto asciutto si nomi» na *fiume temporaneo* . . . . . Fra i fiumi temporanei si contano i *torrenti*, » quelli cioè che portano le acque sole che immediatamente ricevono dalle pioggie o dal » disfacimento delle nevi; e ad essi si attribuisce principalmente una rapidità e velocità » impetuosa, ed un crescere e scemare improvviso a misura della durazione ed abbondan» za delle pioggie medesime. »

Fiumi pubblici poi sono per noi, come ho spiegato nella suddetta annotazione, quelli che sono navigabili od atti al trasporto.

Privati poi quelli che non sono navigabili nè atti al trasporto.

Gli uni e gli altri senza differenza se scavati dalla natura o dalla mano dell' uomo.

Veggasi quanto ho detto in quell' annotazione specialmente sulla qualità pubblica anche delle acque che sebbene non navigabili in sè stesse pure ne rendono un' altra navigabile.

(*b*) La proprietà dell' acqua pubblica spetta allo Stato tanto per l' articolo 538 del Codice Napoleone quanto pel § 287 combinato col § 286 del Codice austriaco.

Quindi nessuno senza il permesso dello Stato può fabbricare su quell' acqua pubblica invadendo la proprietà di esso.

Ciò si argomenta eziandio dall' articolo 9 del vigente decreto italiano sulla navigazione del 20 maggio 1806 n.° 35.

Ivi è detto che vi vuole la concessione del Governo onde erigere macchine pel movimento di opifizii o di mulini lungo pubblici fiumi e canali.

(*c*) In generale l' uso delle acque pubbliche è lasciato a tutti come si argomenta dalle disposizioni di legge citate nell' antecedente annotazione *b*.

In particolare in quanto al diritto di pesca sull' acqua pubblica è applicabile ai fiumi ed alle riviere navigabili od atte a trasporto quanto ho detto pel lago pubblico nell'annotazione *f* al Capo XXX del presente Trattato.

(*d*) Se il fiume ha mutato alveo, dice il Cipolla, rimane intatto il diritto che prima si aveva sopra di esso?

Immaginandomi che il nostro autore voglia dire se essendo dovuta da un fiume la servitù d'acquidotto, questa cessi per aver quel fiume mutato letto, e se venga restituita per essere il fiume tornato al suo letto antico, rimetto il lettore a quanto ho osservato al n.° 10 dell' annotazione *g* al Capo IV del presente II Trattato.

(*e*) 1.° Che cosa sia il *capo* del fiume l' ho detto al n.° 3 della suddetta annotazione.

2.° Quello che dal Cipolla si dice *piede* o fine del fiume chiamasi secondo il Guglielmini, trattato della natura dei fiumi Tom. I, pag. 122 dell' edizione che altrove ho citata, « *sbocco, bocca,* o *foce di un fiume.*

» Essa è quel sito aperto per lo quale il fiume esce dall' alveo proprio, sia col mettere

Digitized by Google

terreno sul quale scorre, e considerata come accessorio di quel terreno e formante con esso il corpo del fiume.

Considerata quale sostanza indipendente da quel terreno, essa mi sembrerebbe come l'aria ed il mare elemento comune a tutti gli uomini.

Potrebbe chiamarsi del pari cosa di tutti e di nessuno.

Quella parte soltanto di essa di cui taluno s' impadronisse il primo diverrebbe così proprietà di una determinata persona.

Chi mi denuncierà validamente come ladro se attinsi da un pubblico fiume acqua per es. pei bisogni della mia vita?

Considerata invece l' acqua del pubblico fiume come accessorio del terreno sul quale scorre e formante con esso il corpo di quel fiume, essa è proprietà dello Stato lasciata ad uso di tutti, regolato però dallo Stato stesso nelle viste del generale interesse.

(*f*) Nel caso in cui il fiume gittasse legnami altrui sul mio fondo sembrerebbemi applicabile quanto ho detto sulle cose altrui gittate dal mare sul lido in fine al n.° 5 dell'annotazione *a* al Capo XXVII del presente II Trattato.

(*g*) 1.° Se io proprietario di una possessione campestre la ho ceduta in proprietà ad un altro, non ho per certo ceduto nè la proprietà del fiume pubblico che l'attraversasse o costeggiasse, nè l'uso generale di esso.

Non la proprietà, perch' essa spetta allo Stato e non a me e quindi ad altri non ho potuto cederla.

Non l'uso generale, perchè spetta a tutti e non esclusivamente a me solo.

Bensì colla proprietà della possessione, s' intenderà che abbia ceduto l' uso parziale del fiume che a me legittimamente competesse, ed al quale lo Stato mi avesse accordato o lasciato diritto, quando però la cessione in questo particolare non disponesse il contrario.

Lo stesso dicasi, se io locassi ad altri una mia possessione campestre.

Se poi ho locato e ceduto ad altri quella possessione nella quale fossero compresi come parte integrante od accessoria de' luoghi selvosi, essi quando la locazione o la cessione non gli avessero esclusi sarebbero in quella compresi.

2.° I pubblici fiumi e le riviere che attraversano uno Stato sono parti del territorio di esso.

Quando un pubblico fiume o riviera forma la frontiera di due Stati, il mezzo del letto od alveo (Thalweg) è considerato come la loro linea di frontiera, ed è a presumersi che la navigazione sia libera fra i due Stati limitrofi.

Quella presunzione può essere però distrutta, quando esistano prove che uno dei due Stati abbia esercitato da tempo molto lungo diritti di sovranità sul fiume o riviera in quistione.

Veggasi il Wheaton *Elementi di diritto internazionale* Tom. I, pag. 180.

Ceduto dunque da uno Stato il proprio territorio ad un altro, è ceduto anche il fiume o riviera che l' attraversa, o che ne forma la suddetta frontiera.

(*h*) In generale io ritengo, e lo dissi nel mio voto riportato ai n.° 147, 148, 149 dell'*Eco dei Tribunali* per l'anno 1853, che presso di noi non sia mai stato abolito, e che sussista ancora il vincolo feudale.

Ma ritengo in particolare, che avendo il Codice Napoleone e l' austriaco dichiarato proprietà dello Stato lasciata in uso di tutti, i fiumi e le riviere pubbliche, cioè navigabili ed atte al trasporto, debba venirne che se il Principe in antico, come dice il Cinelli [illegible] in feudo [illegible] di [illegible] i fiumi o riviere il relativo vincolo

Digitized by Google

antico avesse conceduto dell' intiero corpo di un fiume o riviera navigabile od atta al trasporto, non ne viene da ciò che fosse in regola sciolto il feudo che avesse concedato il diritto di estrarre acqua da quella pubblica corrente.

Qui fa d'uopo col Romagnosi dividere mentalmente quell'acqua pubblica in due parti.

La prima indispensabile alla navigazione ed al trasporto, e che serve esclusivamente al pubblico uso.

La seconda che rimane, ch' è di più, dopo soddisfatto a quell' uso.

La prima indispensabile all'uso di tutti è strettamente pubblica ed è sottratta anche per lo Stato ad ogni privato commercio.

La seconda sovrabbondante, può farsi rientrare dallo Stato in quel commercio, e diventa una parte del patrimonio, un bene demaniale dello Stato stesso.

La prima è sottratta, la seconda è assoggettata ai rapporti fondati nel diritto civile.

Di questa seconda parte di quella pubblica acqua corrente, lo Stato poteva e può disporre.

Tanto è vero che ne accordava, e secondo l'articolo 1.° del decreto italiano del 20 maggio 1806 n.° 36 ne accorda derivazione.

Se lo Stato poteva e può disporne, mi par chiaro, ch'esso poteva in antico concedere in feudo il diritto di derivare da una pubblica corrente, quella porzione d' acqua che non fosse stata indispensabile all'uso di tutti, e che fosse stata sovrabbondante a quell'uso, colla condizione sottintesa però, che la concessione dovesse ritenersi rivocata quando l' acqua conceduta in feudo tornasse ad essere indispensabile a quell' uso generale.

Ora se l'acqua la cui derivazione fosse stata conceduta in feudo non è indispensabile all'uso generale, non vedo perchè quel vincolo feudale dovesse considerarsi sciolto se in tal caso non sarebbe rivocata nemmeno una investitura di quell'acqua fatta a titolo non feudale.

Se poi quell' acqua è indispensabile all'uso generale, anche la concessione della di lei derivazione a titolo di feudo, s'intende rivocata, se lo è in tal caso qualunque altra investitura a titolo non feudale.

La distinzione che ho fatta fra la porzione di un' acqua pubblica corrente indispensabile e l'altra porzione di essa non indispensabile all'uso di tutti, è fondata eziandio nel § 1.° del vigente decreto italiano del 20 maggio 1806 n.° 35 sulla navigazione, concepito così.

« La navigazione si considera sempre essere l'oggetto principale cui servono i fiumi » e i canali navigabili. Tutti gli altri vantaggi che ponno ottenersi deviandone le acque, ed » applicandole ad altri usi si considerano sempre subordinatamente a quel primo fine. »

(*i*) Ritenuto come ho detto nell'annotazione *g* al n.° 2 al presente Capo, che se un pubblico fiume o riviera forma la frontiera di due Stati, il mezzo del suo letto è la loro linea di frontiera, ne viene che la porzione di quell' acqua da una parte di quella linea spetta all' uno, e l'altra porzione dall' altra parte della linea stessa spetta all'altro Stato.

Quelle porzioni spettano dunque una all'uno, e l'altra all'altro di quegli Stati, e non a veruna città di essi, anche perchè pubblici fiumi e riviere sono proprietà dello Stato rispettivo, e non di veruna città in esso compresa.

Perchè vi fosse proprietà di una città, converrebbe ch' essa formasse da se sola uno Stato.

Ognuno di quei due Stati poi, e di due città che da se sole formassero due Stati, esercita giurisdizione sulla suddetta propria porzione di fiume che ne forma la frontiera, a

Digitized by Google

L'articolo 8 vieta ogni ingombramento del suo alveo, salvo i diritti fondati su titoli legittimi e che non nuocciano alla navigazione.

L'art. 9 prescrive che vi vuole il permesso del Governo per erigere lungo i pubblici fiumi e canali macchine pel movimento di mulini od opifizii, il quale non le permette se sieno di pregiudizio.

Da ciò si argomenta che senza quel permesso non vi ponno essere costruzioni di nessuna sorte lungo quei fiumi e canali.

Se quelle costruzioni poi invadessero in qualche parte la riva spettante ad altri che al costruttore, cioè non la ripa o sponda *laterale* ch' è pubblica, ma la *orizzontale* ch'è privata, per quanto ho detto anche al n.° 4, lettera *b* dell' annotazione *a* al Capo XXIX, è chiaro che il costruttore di quelle opere dovrebbe o averne acquistato diritto od almeno averne ottenuto il permesso dal proprietario della ripa o sponda suddetta, quando per l'analogia dell'articolo 52 della legge sulle acque del 20 aprile 1804 non si potesse sostenere dar quella legge al costruttore stesso il suindicato diritto.

Digitized by Google

CAPUT XXXII.

DE FLUMINE PRIVATO.

I. *Flumina privata quae dicantur.* — II. *Fossata an cavari debeant et mundari per colonum, vel dominum.*

I. *Diximus de flumine publico, nunc dicamus de privato. Privata flumina sunt quae ad tempus fluunt, ut Rapo et Meloncello* (1). *Item illa quae sunt manufacta* (2), *ideo etiam dicuntur flumina privata, fossata in agris posita, quae crescunt et decrescunt. Bald.* (3) *dicit quod privatum flumen est, quatenus in suo ingreditur, et non semper fluit, ut sunt gurgites, et quaedam fossata, quae continuationem non habent. Quae enim crescunt, publica sunt* (4). *Item flumen privatum dicitur, quando esset in dominio unius tantum, puta quia incipit ex fonte, qui in agro suo oritur, et discurrit per sua praedia usque ad flumen publicum vel mare* (5). *Item potest dici flumen privatum, cum proprietas vel jurisdictio competit uni tantum domino, vel civitati, tanquam ejus: quia respectu aliorum est privati juris illius domini vel civitatis, in cujus territo-*

CAPO XXXII.

DEL FIUME PRIVATO.

I. Quali si chiamino fiumi privati. — II. Se i fossati debbano essere scavati e mondati dal colono, oppure dal padrone.

I. Parlammo del fiume pubblico; ora discorriamo del privato. Fiumi privati sono quelli che scorrono in un certo tempo, come il Ravone ed il Meloncello; così pure quelli che sono manufatti, e però si dicono anche fiumi privati i fossi posti fra' campi, i quali crescono e calano. Baldo dice, che privato è il fiume in quanto entra nel proprio, e non sempre fluisce, come sono i gorghi ed alcuni fossati, che non hanno continuazione. Quelli che crescono sono pubblici. Del pari si dice privato il fiume, quando spetta ad un solo padrone, per esempio, perchè comincia da una fontana che nasce nel suo fondo, e scorre pei suoi poderi sino al fiume pubblico od al mare. Così pure si può dire privato il fiume, allorchè la proprietà o giurisdizione compete soltanto ad un padrone, o ad una città come padrona, perchè rispetto agli altri è di privato diritto di quel padrone o di quel-

Digitized by Google

dictioni, sicut dictum est de lacu (1). *Cujus sint ista flumina privata et fossata, vide supra in tit. de fossati sive fossa.*

II. *Et nunquid fossata debeant cavari et mundari per colonum vel dominum, vide plene per Barthol.* (2). *Caetera circa materiam fluviorum vide in tit.* (3).

(1) *D. de contrah. empt. l. Rutilia Polla, et f. de aqua pluv. arcend. l. vicinus, § lacus, et D. de acquir. rer. dom. l. lacus,* et ita vult Barthol. *in tract. Tyberiadis, in* 10. *col. vers. item vidend. est.*

(2) *In l. penult. D. de impen. in rer. dom. fac, et Barthol. in consil.* 255. *quod incipit, commune Lucignani locavit.*

sieno questi fiumi privati e questi fossati, veditio più sopra nel capo dei fossati o della fossa (*a*).

II. Se poi i fossati debbano essere scavati e puliti dal colono, oppure dal padrone, vedi in Bartolo. Ciò che resta a dirsi sulla materia dei fiumi, veditio ne' testi relativi.

(3) *D. de flum. cum duobus tit. sequen. et Bart. in l. quominus, de flum. et tract. Tyberiad. et Bart. in rubr. D. de rerum divis. in l. item lapilli, l. riparum, eod. tit. et quae dixi supra in tit. de serv. aquaeduct.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XXXII.

(*a*) Ho detto anche nell'annotazione *a* al Capo XXXI del presente II Trattato essere fiumi privati i non navigabili nè atti a trasporto.

Di chi sieno proprietà tali fiumi privati l'ho detto nell'annotazione *e* n.° 1 al Capo IV del suddetto trattato pagine 933 e 934 del presente mio lavoro, annotazione alla quale mi riferisco anche in riguardo alle opinioni che possano essere acque pubbliche e non private quelle che, sebbene in se stesse non navigabili, pure sono indispensabili a renderne navigabile altra acqua.

Che per le leggi romane in senso lato si chiamasse *fiume* ogni corpo di acqua dal più grande al più piccolo che per naturale spinta scorresse, ho cercato di dimostrarlo nel mio articolo sulle acque correnti pubbliche e private nelle provincie venete, riportato dall'*Eco dei Tribunali* sezione II e precisamente nel n.° 99 del 1852 pag. 374 e 375.

Flumen dunque in senso lato era per quelle leggi anche ogni fosso d'acqua corrente.

Ma attualmente non sembrami che possa chiamarsi *fiume* o *riviera* un semplice *fosso* o *fossato* se anche contenga acqua corrente.

Che cosa sia il fiume o la riviera, l'ho detto nell' annotazione che ho citato di sopra a pagina 929 di questo mio lavoro.

Le masse o corpi d' acqua considerevoli e grandi, si chiamano con quei nomi.

Dunque con quei nomi non ponno chiamarsi i fossi o fossati, che non sono per certo corpi d'acqua considerevoli e grandi, ma piccoli canali.

Fossi o fossati sarebbero secondo me invece, quei piccoli canali, nella loro piccolezza più o meno larghi e profondi, che dividono o circuiscono i campi, ed anche intiere tenute, che ponno contenere pure acqua corrente, e che servono tanto allo scolo delle acque, quanto alla difesa delle campagne, specialmente contro l' ingresso degli animali.

Vi hanno poi le fosse, ossieno buchi o scavamenti, di cui ho parlato nell' annotazione *a* al Capo LXXX del Trattato I.

E vi hanno le fosse laterali alle strade per ricevere le acque che scolano da esse, come vedesi specialmente all'articolo 9 della legge italiana sulle strade del 20 maggio 1806 n.° 34 ancora presso noi in vigore.

Secondo il Mackeldey, Manuale del diritto romano § 375, *colono* è il locatore di un fondo rustico.

Locatore appunto lo chiamano i Codici Napoleone ed austriaco.

Per l' articolo 1720 del primo di quei Codici, il locatore è tenuto a fare in quel fondo durante la locazione, tutte le riparazioni che ponno essere necessarie, eccetto le piccole riparazioni che per uso sono a carico del conduttore.

Se dunque è necessario scavarvi e nettarvi i fossi, il locatore dee farlo a proprie spese.

E ciò tanto più in quanto che, fatto confronto coll' articolo 1754, non mi pare che quello scavamento e nettamento, potesse considerarsi una riparazione *locativa* o piccola riparazione da farsi, per uso, dal conduttore.

Pel § 1096 del Codice austriaco il locatore dee a proprie spese non solo consegnare, ma eziandio conservare la cosa locata in modo che il conduttore possa farne uso.

Digitized by Google

Se, perchè questo possa farne uso, è necessario scavare e nettare i fossi del fondo rustico, il locatore dee fare a proprie spese quella riparazione.

Pel suddetto §, se poi vi potessero essere fossi nell' edifizio inserviente alla coltura del fondo rustico locato, mi pare che scavarli e nettarli spetterebbe egualmente al locatore.

E ciò, sia perchè quella riparazione non è tale da poter farsi colla materia ritratta dal fondo, sia perchè presso di noi, come osserva il Basevi nelle sue annotazioni pratiche al suddetto §, non esistono terre la cui proprietà rechi il diritto di esigere dai contadini servigii personali, e quindi il conduttore non può aver opere da esigere.

Per ambi i Codici però lo scavamento e nettamento necessario dei fossi sta a carico del locatore, quando il contratto non li ponga in nessun modo a carico e spese del conduttore.

Digitized by Google

CAPUT XXXIII.

DE INSULIS.

I. *Insula tribus modis accipi potest.* — II. *Insula aquis circumdata quotuplex sit.* — III. — *Insula quot modis contingat.* — IV. *Insula quando esse dicatur.* — V. *Insula maris, sicuti Corsica et Sardinia, vel etiam fluminis, cujus sint.* — VI. *Insula casualis seu accidentalis qualis esse dicatur.* — VII. *Insula in medio fluminis nata, cujus esse dicatur.* — VIII. *Insulae portus cujus sint.* — IX. *Insulae usus respectu cujus sit.* — X. *Insulae dominium per occupationem, quomodo acquiritur.* — XI. *Insulam quoad jurisdictionem an quis occupare possit.* — XII. *Insulae possessio qualiter acquiratur.* — XIII. *Insulae mensuratio qualiter fieri debeat, ut cujus sit, cognoscatur, et pro quanta eorum quantitate, qui prope ripam praedia possident.* — XIV. *Insula quando desinat esse insula.*

Quia insulae in mari et fluminibus sunt, ideo postquam de mari et fluminibus diximus primo, consequenter etiam de insulis dicamus.

I. *Et sciendum est, insulam tribus modis accipi posse: uno modo pro domo in mari posita, quia in salo, id est, in salso posita est, secundum Isidor.* (1). *Secundo pro qualibet domo*(2), *et de istis insulis hic tractare non constituì: quia istae non sunt proprie insulae* (3). *Tertio modo di-*

CAPO XXXIII.

DELLE ISOLE.

I. L'isola si può comprendere in tre maniere. — II. L'isola circondata d'acqua di quante specie sia. — III. In quanti modi l'isola possa esistere. — IV. Quando si dica esservi un'isola. — V. Di chi sieno le isole del mare, come la Sardegna, la Corsica, oppure anche i fiumi. — VI. A chi si dica spettare l'isola casuale od accidentale. — VII. Di chi si dica essere l'isola nata in mezzo al fiume. — VIII. Di chi sieno i porti dell'isola. — IX. Di chi sia l'isola rispetto al suo uso. — X. In qual modo si acquisti il dominio dell'isola mediante occupazione. — XI. Se chiunque possa occupare un'isola rispetto alla giurisdizione. — XII. In qual modo si acquisti il possesso dell'isola. — XIII. In qual modo si debba misurar l'isola per conoscere di chi sia, ed in quanta parte rispetto a quelli che possedono fondi presso le rive. — XIV. Quando l'isola cessi di esser tale.

Dappoichè le isole sono ne' mari e nei fiumi, avendo noi primamente parlato di questi, è conseguente che trattiamo anche delle isole.

I. Deve sapersi, che l'isola si può pigliare in tre sensi, cioè primo, per una casa posta nel mare, perchè è fondata sul salso, secondo Isidoro. Secondo, per ciascuna casa, ma di questa specie d'isola quivi non ho stabilito di trattare, perchè veramente non sono tali. Nel 3.° senso si dice

Digitized by Google

nis, quae est latens incrementum (1), *et de ista tractabimus hîc, quia est insula proprie* (2).

II. *Secundo sciendum est quotuplex sit ista insula aquis circumdata, et in primis est duplex. Una quae in mari nascitur, quae raro accidit. Altera quae in flumine nata est, quae frequenter contingit* (3). *Item insula quaedam est naturalis, quae semper fuit, ut Corsica, Sardinia, Creta, quae dicitur Candia, et similes alia est casualis et accidentalis, quae in flumine saepe nascitur, sed in mari rarissime secundum Bald.* (4).

III. *Tertio est videndum quot modis insula contingit, et dicas tribus modis. Primo, cum circumdatur ager, qui non erat alveus. Secundo, cum alveum derelinquit siccum, et incipit circumfluere. Tertio cum paulatim eminentem locum facit supra alveum* (5).

IV. *Quarto oportet intelligere, quando dicatur esse insula, et dic quando est nata* (6), *et not. quod dixi, quando est nata, ut dicunt alia jura, non quando est nascitura: quia per hoc apparet, quod non inspicimus insulam, quando incipit apparere: sed tunc, cum apin. circumcalentium incipit reputari* (7), *quae declara ut per Barthol.* (8).

V. *Quinto inspiciamus cujus sit insula maris, vel fluminis, et primo de insula maris; dic naturales insulae, ut Corsica, Sardinia* (**), *sunt principis, non in dominio patrimoniali, sed in dominio jurisdictionali* (9), *secundum Bald.* (10), *qui dicit, quod insulae sunt principis, quod intellige quoad jurisdictionem, ut dictum est.*

VI. *Casualis vero sive accidentalis, quae in mari nascitur quae raro accidit, in nullius bonis est respectu proprietatis,*

un aumento latente; e di queste noi qui tratteremo, perchè sono isole propriamente dette.

II. In secondo luogo si deve sapere, che quest' isola circondata dall' acque è di più specie, e primamente è doppia, cioè una, che nasce dal mare, lo che raramente accade; l' altra che nasce nel fiume, il che avviene frequentemente. Parimente alcune isole sono naturali, e sempre lo furono, come la Corsica, la Sardegna, Candia, detta Creta altrimenti, e simili; altre sono casuali ed accidentali, che spesso sorgono nei fiumi, ma rarissime volte in mare, secondo Baldo. (*a*).

III. In terzo luogo deve osservarsi in quanti modi un' isola possa esistere. Rispondi, in tre modi. Primamente, allorquando vien circondato dall' acqua un fondo, che non era alveo; secondamente, quando l' alveo di secco si tramuta in acqua corrente; terzo, quando a poco a poco si forma un rialto sopra l' alveo.

IV. In quarto luogo è necessario sapere, quando si dica esservi un'isola. Rispondi, quando essa è nata; e nota, ch' io dissi *quando è nata*, come dicono alcuni testi; non già *quando è per nascere*, perchè mediante ciò si fa manifesto, che non contempliamo l' isola, quando comincia ad apparire, ma bensì allorquando l' opinione degli abitatori circonvicini principia a stimarla tale; le quali cose tu spiegherai, come fa Bartolo.

V. In quinto luogo osserviamo a chi appartenga l' isola del mare o del fiume, e primamente l' isola di mare. Rispondi: le isole naturali, come la Corsica, la Sardegna (**), spettano al principe, non in dominio patrimoniale, ma in dominio giurisdizionale. Intorno a che Baldo dice, che le isole sono del principe; lo che intendi rispetto alla giurisdizione.

VI. L' isola poi casuale od accidentale, che nasce in mare, il che di raro accade, rispetto alla proprietà è fra i beni di nes-

Digitized by Google

jurisdictionis est sub jurisdictione illius, qui illud mare distringit (1).

VII. *Insula vero quae in flumine nata, si quidem mediam fluminis partem tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cujusque praedii: quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident: sed si ab uno latere proruperit flumen, et ab altera parte novo rivo fluere coeperit: deinde novus iste rivus in veterem se converterit, ager qui a duobus rivis comprehensus, in formam insulae redactus est, ejus est scilicet, cujus et fuit* (2); *et praedicta intellige de insula nata in flumine, quae solo cohaereat: sed si supra aquam staret: ut quandoque accidit, publica esset* (3), *quia ita vidi in lacunis territorii Paduani, in quibus sunt certae insulae, quae non cohaerent solo, sed aquae, et moventur de loco ad locum per dictas lacunas.*

VIII. *Cujus autem sunt portus insulae? dic ejus, cujus insulae esse videntur* (4).

IX. *Sexto, quia diximus, cujus sit insula respectu proprietatis et jurisdictionis, nunc dicamus cujus sit respectu usus: et dic quod usus insulae est publ.* (5), *quod intellige si insula est ita quod tota possit dici ripa, vel ripae accedere propter attractionem aquae* (6); *sed si insula esset magna, ita quod in ea essent praedia culta, tunc puto solum ripas esse in usu publ. non praedia, eadem ratione, qua caetera praedia. Item praedicta vera sunt, nisi essent agri limitati* (7).

X. *Septimo videamus quomodo acquiratur dominium insulae per occupationem? dic quando eo animo quis ingreditur insulam, ut totam occupet* (***), *non tamen est necesse quod omnes glebas insulae circumdet* (8) *et not. Bartbol. quod ille dicitur*

rispetto alla giurisdizione è sotto la giurisdizione di quello che domina quel mare.

VII. L' isola poi, che è nata nel fiume, se mai sta nel mezzo di esso, è comune fra quelli, che dall' una e dall' altra parte del fiume possedono i fondi presso la riva. Ma se il fiume irruppe da un lato, e dall' altro cominciò a scorrere in un nuovo ramo, e poscia questo nuovo ramo si convertì nel vecchio, il fondo compreso fra le due rive, che acquistò forma di isola, appartiene a quello, di cui fu per lo innanzi. Le predette cose intendi procedere circa l' isola nata nel fiume, che sia attaccata al suolo: ma se stesse sopra l' acqua, come talvolta accade, sarebbe pubblica. Lo che dèi notare, perchè ciò vidi infatti nelle valli del Padovano, nelle quali v' hanno certe isole, che non sono attaccate al suolo, ma stanno sopra l'acqua, e si muovono da un luogo all' altro nelle stesse valli (*b*).

VIII. A chi poi spettano i porti dell' isola? Rispondi: a quello, cui sembra appartenere l' isola.

IX. In sesto luogo, poichè abbiamo indicato a chi spetti l' isola rispetto alla proprietà ed alla giurisdizione, ora diremo a chi appartenga, rispetto all' uso. Rispondi: che l' uso dell' isola è pubblico; lo che intendi esser vero, se l' isola è tale che tutta sia accessibile dalla riva od alla riva per la attrazione dell' acqua; ma se fosse grande così, che in essa s' acchiudessero fondi coltivati, allora io credo che le sole rive sieno d' uso pubblico, non già i fondi, per la stessa ragione che non lo sono gli altri predii. Così pure le predette cose sono vere, qualora non vi siano campi circoscritti.

X. In settimo luogo vediamo in qual modo si acquisti il dominio dell' isola coll' occupazione? Rispondi: allorchè alcuno entra nell' isola con l' animo di occuparla tutta (***). Non è però necessario che circondi tutte le glebe dell' isola; e Bartolo no-

(1) *Ut d. l. insulae, et ibi not.* vide ad hoc etiam Bald. *in d. rubr. in 10. col. ad finem. et pro hoc l.*

(3) *FF. de acquir. rer. dom. l. pen.* § 1. *et ibi not. Bart. in tract. de insula.* 5. *solum notaio in*

occupare, qui sic incipit occupare, quod potest observare, et possidere: aliter dicitur occupasse (1); *et si plures praeoccupant debellando, victor qui stetit per tres dies in possessione dicitur* (2); *ille qui non potest tenere, nisi capiat aliquem locum principaliter, non dicitur occupasse* (3). *Et est argumentum, quod si unus teneret ecclesiam, alter campanile, quod est fortilitium, ille qui est ingressus ecclesiam, unde de facili possit expelli, non dicitur adeptus corporalem possessionem beneficii: si tamen ille est ita incastellatus, quod evadere non potest, tunc cum ipse non dicatur tenere sed teneri* (4), *dicam ipsum possessione privatum, et sic etiam possessione esse, tamen non possidet* (5), *secundum Baldum qui ita singulariter not.* (6); *quae perpetuo tene menti, quia facit ad plura.*

XI. *Quo autem ad jurisdictionem, an possit quis insulam occupare, vide Barthol.* (7) *et Bald.* (8).

XII. *Octavo etiam quaeramus qualiter possessio insulae acquiratur? dic si nascatur insula in medio fluminis, est communis jure dominii inter eos, qui prope ripam praedia possident* (9): *tamen non est communis jure possessionis: quia cum sit separata insula a primo fundo per possessionem primi fundi, illa non videtur possideri, nisi apprehendatur, et occupetur* (10), *quod si alteri propinquior* (11). *Potest ergo, et debet apprendi possessio insula* (12), *et ita tenet Bart.* (13), *adverte tamen ad unum* (14), *ubi omnino vide. Et adde quod in dubio praedia ex utraque parte pro indiviso possident insulam, et habent dominium certum* (15).

XIII. *Nono est necessarium etiam intelligere, qualiter fieri debeat mensuratio insulae: ut cognoscatur cujus sit, et pro quantitate eorum, qui prope ripam praedia possident? Et dic hoc declarari per*

ta, che quello si dice occupare, che lo fa in siffatta guisa da conservare e possedere; in caso diverso si dice avere occupato. Se più persone occupano un luogo guerreggiando, si chiama vincitore quello che ne stette in possesso per tre giorni. Quegli che non può tenerlo, se non prenda un sito in principalità, non si dice avere occupato. Lo che serve onde argomentare, che se uno tenesse la chiesa ed un altro il campanile, ch'è fortificato, quegli che entrò nella chiesa, dalla quale facilmente può essere espulso, non si dice aver acquistato il possesso corporale del beneficio; se poi esso è così bene bloccato che non possa scappare, allora, siccome non si dice tener la chiesa, ma esservi tenuto, così io dirò ch' egli è privato del possesso, e ch' è bensì in possesso, ma tuttavia non possede, giusta la sentenza di Baldo, che ciò nota particolarmente; lo che tu terrai in mente, perchè si può applicare a più casi (c).

XI. Rispetto poi alla giurisdizione, se taluno possa occupare l' isola, vedi Bartolo e Baldo.

XII. In ottavo luogo eziandio chiederemo in qual modo si acquisti il possesso dell' isola? Rispondi: se nasce un' isola in mezzo al fiume, essa per diritto di dominio è comune fra quelli che posseggono vicino alla riva. Tuttavolta non è comune per diritto di possesso; perchè, essendo l' isola separata dal fondo più propinquo per il possesso di questo, essa non sembra essere posseduta, se non viene presa ed occupata. Adunque può e deve essere preso il possesso dell' isola, e questa è opinione di Bartolo, afforzata dai testi. Ed aggiungi che nel dubbio i fondi d' ambe le parti possedono l' isola indivisamente, ed hanno un dominio certo.

XIII. In nono luogo è necessario eziandio sapere in qual modo si debba fare la misurazione dell' isola, affinchè si conosca a chi spetti, e per quanta quantità, a coloro che posseggono fondi presso la riva. Ri-

Digitized by Google

est latitudo praedii juxta ripam, eatenus per directam lineam extendatur supra insulam. Si ergo finis agri juxta ripam est largus, licet postea praedium in se arctetur, vel e contra; solum latitudo, quae est juxta ripam, attenditur, et secundum illam debet duci linea recta (1). *Sicut enim dividitur alluvio inter eos, qui ab utraque parte praedia possident: ita illa pars insulae cedit praediis, quae sunt ab una parte, et debent dividi: et ita vult Bart.* (2). *Et ex hoc ultimo dicto not. quod idem juris est de insula nata in flumine, quod in alluvione; quod prodest ad multa; et ista mensuratio potest fieri accepta chordula* (3). *Potest etiam fieri peritos in arte, et rusticos: ut per gloss.* (4). *Ubi habetur, quod peritis in arte standum est.*

XIV. *Decimo et ultimo intelligamus, quando insula desinit esse insula. Dic quando aquis desinit circundari* (5).

(1) *L. inter eos.*
(2) *In tract. de insula, 10. col. versic. pro modo latitudinis cujusque cum vers. seq.*
(3) *Ut not. gloss. in d. § insula, et l. non solum, § sed ut probari, ff. de nov. oper. nunc.*
(4) *Not. Inst. de rer. divis: § praeterea per alluvionem, l. 1, de vent. insp. et l. semel. C. de re mil.*

(*) *Incrementum.* Adde Barthol. (1).
(**) *Sardinia.* Sardinia est insula subjecta ecclesiae Rom. (2).
(***) *Occupet.* Occupans rem per vim, an teneatur de pericula rei quae erat eodem modo peritura penes dominum v. gloss. Bart. et Bald. (3). Et occupans per vim etiam si confirmetur a superiore potest conveniri (4).

(1) *FF. de act. empt. et Instit. de contrah. empt. § si post emptionem, et in l. Julia, § si Titius.*
(2) *C. si diligenti, et ibi Dd. de praeser. ubi*

cioè, quanta è l' estensione del fondo lungo la riva, tanta in linea retta dev'esser la parte dell' isola spettante. Laonde se il termine del fondo verso la riva è largo, benchè poscia esso addentro si restringa, od all' opposto, si avrà riguardo alla sola estensione che sta sulla riva, e secondo quella si dovrà tirare una linea retta. Imperocchè, siccome l' alluvione si divide fra quelli che da ambe le parti possedono fondi, così pure quella parte d' isola cede ai fondi che sono dal suo canto, e dev' esser divisa. E da ciò alla perfine procede il notabile, che è la stessa cosa di diritto circa l' isola nata nel fiume, come nell' alluvione; lo che giova in molti casi. Tale misurazione poi si può fare mediante una cordicella, e può eziandio farsi mediante periti in arte e villani, come dice la Glossa (*d*).

XIV. Dalla quale si ha, che si deve attendere l' opinione de' periti nell' arte. In decimo ed ultimo luogo ricerchiamo, quando l' isola cessi di essere tale. Rispondi, quando cessa di essere circondata dalla acqua.

(5) *Ut l. insula, in fin. ff. de acquir. rer. dom. et tenet Bart. in tract. de insula, et l. quominus, ff. de flum.* et Bald. *in rubr. ff. de rer. divis.* et quae not. gloss. et Dd. *in l. adeo, § insula, et l. inter eos, et l. insula, de acquir. rer. dom. et l. 1. ff. de flum. et Inst. de rer. divis. § insula.*

(*) *Incremento.* Aggiungi Bartolo.
(**) *Sardegna.* Sardegna è un'isola soggetta alla chiesa Romana.
(***) *Occupi.* Se chi occupa una cosa violentemente, sia tenuto pel pericolo della stessa, mentre essa era per perire egualmente presso il padrone, vedi Bartolo e Baldo. — E chi occupa colla forza, ancorchè sia confermato dal superiore, può essere convenuto.

Abb. Sicul. 6. dist. c. tibi domino, et ca. ego Lud. 96. dist. Constantin.
(3) *In l. si. de possess., C. unde vi.*
(4) *Bart. in l. 4. C. unde vi.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XXXIII.

(*a*) Secondo il vocabolario domestico del Carena Capo II dell' abitare § 1.°, *isola, isolato,* « è termine relativo, e dicesi di molte case congiunte le une alle altre, delle » quali le due sole esterne fanno cantonata. Una isola è da ogni lato staccata dalle altre » per mezzo di pubbliche vie. *Isolotto* poi è isola di poche case. In Toscana e in altre pro» vince italiane non è usata la denominazione d' *isola,* e vi si supplisce con quella di » *cantonata.* »

Di questa isola, isolato, isolotto di case, qui nemmeno io mi occupo.

La isola della quale mi occupo si è, quella maggiore o minore porzione di terra ch' è da ogni lato circondata dall' acqua.

Quella ch' è così circondata dall' acqua del mare chiamasi *isola marittima.*

Quella che sta in lago ed è da ogni lato circondata dalle acque di esso è *isola lacuale.*

Digitized by Google

Isola fluviale secondo il Guglielmini *Trattato della natura dei fiumi* Tom. I, capitolo 3.° della edizione da me più volte citata pag. 123 « è il terreno racchiuso fra due bracc» cia di un fiume, le quali dappoi tornino ad unirsi in un alveo solo, il piano superiore del » quale sia tanto alto che sopravanzi le piene maggiori. Se non sarà tanto alto si dirà più » propriamente *bonello*, e ciò particolarmente s' egli è formato dalle alluvioni del fiume: » che se le braccia o rami del fiume dopo la divaricazione non si uniscano più ma portino » le loro foci separatamente al mare, in tal caso il terreno di mezzo si chiama *polesine*. »

In quanto alle isole marittime è fondata nelle leggi romane la distinzione di esse portata dal Cipolla in *naturali* ed *accidentali*.

Ne parla anche il dizionario del Merlin alla voce *Occupazione* § III, articolo I, n.° 1 che chiama naturali quelle ch' esistevano e ch' erano conosciute in ogni tempo, ed accidentali quelle recentemente formate nel mare.

Questa divisione delle isole parmi applicabile anche a quelle dei laghi, dei fiumi e delle riviere, osservando soltanto col Cipolla che la isola accidentale nel mare è molto rara ed è frequente specialmente nei fiumi e nelle riviere.

(*b*) 1.° L' isola marittima naturale può appartenere o non appartenere ad una di quelle società civili d' uomini che si chiama Stato.

aa) La sovranità della isola marittima naturale che appartiene ad uno Stato, sta nello Stato stesso qualunque sia la forma del suo governo.

In quanto alla proprietà, le parti del territorio di essa isola, alcune sono beni universali o pubblici, la cui proprietà è dello Stato e l'uso di tutti come, per esempio, i porti.

Alcune ponno essere beni comunali la cui proprietà è di un Comune e l' uso di ogni singolo membro di esso.

Alcune essere ponno patrimonio dello Stato o del Comune, la cui proprietà loro spetta, servendo poi esse all'uso di sostenere coi loro redditi le spese dello Stato o della Comunità.

Alcune finalmente essere ponno beni privati appartenenti e per la proprietà e per l' uso, ad altre persone morali, considerate per finzione di legge come privati, per esempio a Società di commercio, a corporazioni religiose, a stabilimenti di beneficenza, ovvero a singole persone fisiche.

bb) L' isola marittima naturale che non appartiene a nessuno Stato, come un'isola deserta, si ritiene bensì cosa di nessuno, lasciata al primo occupante.

Ma il Puffendorf nel suo Diritto naturale e delle genti lib. IV, capitolo VI, § 4.° in nota, osserva, che spetta al Sovrano regolare l' acquisizione degl' immobili per diritto del primo occupante.

Ed il dizionario del Merlin alla voce *Occupazione* § III, articolo I, n.° 1 dice che per le isole naturali del mare si è sempre supposto che il diritto del primo occupante non avesse dato la loro proprietà, e che la concessione del Re (dello Stato) fosse l' unico titolo di quella proprietà.

Da ciò si potrebbe forse arguire che la sovranità su quelle isole naturali del mare, di nessuno, e lasciate al primo occupante, spetti allo Stato del quale quel primo occupante è membro.

Ed in quanto alla proprietà delle parti del territorio di esse, ritenuto ch' essa abbia per unico titolo la concessione di quello Stato, e che spetti allo Stato stesso regolarne l'acquisizione per diritto del primo occupante, si potrebbe forse arguire che succedutane la occupazione, ad esso solo spetti distribuire quelle parti di territorio in riguardo alla loro proprietà ed uso nel modo da me indicato alla precedente lettera *a* per le parti del territorio dell' isola naturale già appartenente ad uno Stato, vale a dire dividendole in beni universali o pubblici, in beni comunali, in beni del patrimonio dello Stato o del Comune, e finalmente in beni privati di persone morali, o di singole persone fisiche.

E ciò tanto più in quanto che, come dice il Puffendorf nel libro e capitolo che ho citati di sopra § 2.° si ritiene « che un uomo si metta al possesso di una terra quando la coltivi

Digitized by Google

L' isola marittima accidentale, cioè quella, che di recente, cosa molto rara, può formarsi nel mare, mi pare che sia in tutto e per tutto equiparabile all' isola marittima naturale che non appartiene a nessuno Stato, come un' isola deserta.

Se ciò è, alla suddetta isola accidentale sarebbe in tutto e per tutto applicabile quanto ho detto per la naturale nell' annotazione *bb* al presente n.° 1.

Vale a dire quest' isola come cosa di nessuno si riterrebbe bensì lasciata al primo occupante; ma tanto per la Sovranità quanto per la proprietà delle parti del territorio di essa, varrebbe quanto ho detto per la suddetta isola marittima naturale nella suindicata annotazione.

2.° *a*) Tutta la legislazione del Codice Napoleone sulle isole nei fiumi e nelle riviere sta nei seguenti di lui articoli.

» Art. 560. Le isole, isolette ed unioni di terra che si formano nei letti dei fiumi o delle » riviere navigabili od inservienti (servibili) a trasporto appartengono alla nazione, *se* » *pure non esista titolo o prescrizione in contrario.* »

» Art. 561. Le isole ed unioni di terra che si formano nelle riviere non navigabili e » non inservienti a trasporto appartengono ai proprietarii confinanti dal lato, ove si sono » formate. Se l' isola non siasi formata da un solo lato, essa apparterrà ai proprietarii con- » finanti ai due lati, divisibile secondo la linea che si suppone tirata nel mezzo della riviera.

» Art. 562. Se un torrente od un fiume formando una nuova diramazione attraversa » e circonda il campo del proprietario confinante e ne fa un' isola, questi conserva la pro- » prietà del suo campo, sebbene l' isola siasi formata in un fiume o torrente navigabile, od » inserviente a trasporto. »

b) Tutta la legislazione poi sulle isole nei fiumi e nelle riviere nonchè nelle acque correnti minori sta pel Codice austriaco nei seguenti §§ di esso.

» § 407. Se in mezzo di un' acqua si forma un' isola i proprietarii dei fondi situati » sulle due rive lungo di essa hanno l' esclusivo diritto di occuparla in due parti eguali e » di dividerla fra loro in proporzione della lunghezza dei loro fondi. Se l' isola si forma » in una delle metà dell'acqua, il solo proprietario della riva più vicina ne ha diritto. Le » isole formate nei fiumi navigabili sono riservate allo Stato.

» § 408. Se pel disseccarsi delle acque o pel loro divergere in più rami si formano » delle isole, o i fondi sono inondati, i diritti della precedente proprietà rimangono illesi. »

a) *bis*. In quanto alla proprietà delle isole secondo il Codice Napoleone osservo quanto appresso.

aa) L' isola in acqua corrente navigabile od inserviente a trasporto o no, della quale parla l'articolo 562 di quel Codice, essendo formata dal terreno già appartenente ad un proprietario, è giusto e ragionevole che anche dopo formata spetti a quel proprietario.

Questo poi come poteva perdere la proprietà di quel suo terreno *prima* che divenisse isola, per prescrizione, o trasferirla in altri per titoli (documenti scritti) è chiaro che in quei modi legali può perderla anche *dopo* divenuto quel terreno isola.

bb) Le isole accidentali che *dopo* la pubblicazione del Codice Napoleone e finch' esso ebbe vigore presso di noi, si formarono in un' acqua corrente navigabile od atta a trasporti, appartennero allo Stato per l'articolo 560 di quel Codice.

Ma non appartenevano allo Stato quando per titolo o per prescrizione fossero pervenute in proprietà di altri.

Ciò vuol dire che lo Stato poteva, per titolo (atti scritti) cederne la proprietà ad altri, o perderne quella proprietà in confronto di altri per prescrizione, acquistandola rispettivamente altri per usucapione.

Ma se per avventura *prima* della pubblicazione del Codice Napoleone avesse esistito in un' acqua corrente navigabile od atta a trasporto un' isola naturale, o se ne fosse formata un' accidentale, che per titoli o per usucapione fossero state proprietà di altri e non dello Stato, questo dopo la pubblicazione di quel Codice avrebbe potuto farne pretensione alla proprietà?

Mi sembra di no.

Infatti se l' articolo 560 del Codice Napoleone rispettò i titoli di proprietà di altri o la usucapione a favore di questi, per le isole nella suddetta acqua formate dopo la sua pubblicazione, tanto più dovette rispettarla per le isole naturali *sempre* esistenti e per le accidentali formatesi *prima* di quella pubblicazione nell' acqua stessa.

cc) Le isole naturali esistenti in un' acqua corrente non navigabile nè atta a traspor-

Digitized by Google

to, che *all' atto* della pubblicazione del Codice Napoleone, avessero o per titoli o per prescrizione esistito in proprietà di qualcuno, mi pare che *dopo* quella pubblicazione avessero dovuto rimanere di lui proprietà, fino a che questa proprietà da esso non fosse stata in qualche modo legale perduta o rinunciata.

Se *all'atto* di quella pubblicazione non avessero esistito in proprietà di nessuno, mi pare che tale proprietà, essendo quelle isole accessioni dell' acqua, non avesse dovuto appartenere che ai proprietarii dell' acqua stessa, cioè a quelli delle rive secondo l' art. 561 del Codice Napoleone, e ciò fino a che quei proprietarii non avessero in qualche modo legale perduta o rinunciata la proprietà di essa.

Lo stesso in tutto e per tutto parmi che debba dirsi anche per le isole accidentali che in quell' acqua si fossero formate *prima* della pubblicazione del suddetto Codice.

Le isole poi formatesi nella suddetta acqua *dopo* la pubblicazione di quel Codice appartengono ai proprietarii delle rive secondo l' articolo 561 di esso, e ciò naturalmente finchè o per titoli o per prescrizione altri non ne abbia acquistato la proprietà.

b) bis. In quanto al Codice austriaco osservo quanto appresso:

aa) All'isola nata in acqua corrente navigabile od inserviente a trasporto o no mi pare secondo il § 408 di quel Codice applicabile quanto ho detto per la stessa isola secondo il Codice Napoleone qui sopra alle lettere *a, bis. aa.*

bb) Le isole formate nei fiumi navigabili, dice il § 407 del Codice austriaco senza far nessuna eccezione, *sono riservate allo Stato.*

Questa disposizione tanto assoluta e categorica da far ritenere che tutte le isole di quei fiumi navigabili, o naturali, od accidentali, e le accidentali, e se formate *prima*, e se formate *dopo* della pubblicazione del Codice austriaco, per la disposizione stessa sieno state allo Stato riservate.

Darebbe appoggio a tale opinione il § 2.° dell' aulico decreto 19 aprile 1852 a tutt' i Governi meno a quelli di Milano, Venezia e del Litorale, pel quale « secondo il senso del » § 407 del Codice civile generale tutte le isole che *si trovano* nei fiumi e riviere navigabili e servibili a trasporti della monarchia austriaca (ad eccezione dell'Ungheria e della » Transilvania), sono in regola da riguardarsi e trattarsi come proprietà dello Stato, ed » ogni pretensione alla loro proprietà fatta valere da privati esser dee legalmente privata.»

Un' isola dunque accidentale formatasi in quell' acqua *dopo* la pubblicazione del Codice austriaco, diventa *ipso facto* proprietà dello Stato quando esso lo voglia.

Siccome diventa proprietà dello Stato appena formata, e siccome il diritto di questo esclude ogni diritto di altri, così non havvi il caso nemmeno che a qualcuno lo Stato stesso debba, apprendendola, indennizzazione.

Anche le isole naturali, cioè *sempre* esistenti, e le accidentali, che avessero esistito nell' acqua stessa *prima* della pubblicazione del Codice austriaco, diventano proprietà dello Stato ov' esso lo voglia.

Ma se o per titoli o per prescrizione (usucapione) fossero proprietà di qualcuno, pare che lo Stato espropriandole forzatamente a proprio vantaggio, debba al privato anteriore proprietario indennizzazione secondo il § 365 di quel Codice.

Divenuta così dello Stato qualunque isola in acqua corrente navigabile od atta a trasporto in forza alla proprietà che il § 407 del Codice austriaco gli ha su essa riservata, parmi chiaro che lo Stato possa trasferirne in altri per titoli quella proprietà.

Sorger poi può quistione se possa perdere quella proprietà per prescrizione, e se altri possa acquistarla contro di esso per usucapione.

A me pare di nò.

Il corpo di un' acqua corrente navigabile od atta a trasporto, essendo pel § 287 del Codice austriaco un bene universale o pubblico, cioè di proprietà bensì dello Stato, ad uso di tutti, è fuori del privato commercio, fino a che lo Stato espressamente non lo dichiari suscettibile di quel commercio.

L' isola in quell' acqua come accessione di essa segue la di lei natura: dunque anche essa è fuori del privato commercio, fino a che lo Stato non disponga espressamente che sia oggetto del commercio stesso.

Dunque quell' isola come cosa fuori del privato commercio non è pei §§ 311, 1455 di quel Codice oggetto di acquisto per usucapione, nè di perdita per prescrizione.

E ciò anche perchè, se lo Stato tollerasse un possesso di quell' isola, in base al quale altri facesse centro di esso valore l' acquisto della di lei proprietà per usucapione, quella

Digitized by Google

tolleranza non sarebbe la dichiarazione espressa, che potesse far rientrare nel privato commercio una cosa da esso per legge sottratta.

cc) Finalmente alle isole sieno naturali od accidentali, e se accidentali, esistenti *prima* o *dopo* della pubblicazione del Codice austriaco in acqua corrente non navigabile, nè atta a trasporto, parmi applicabile quanto ho detto qui sopra alle lettere *a*, *bis*, *cc* commentando l' articolo 561 del Codice Napoleone, e ciò perchè quell' articolo in quanto alla loro proprietà in generale, porta la stessa disposizione del § 407 del Codice austriaco.

3.° Alle isole poi tanto naturali quanto accidentali dei laghi, sieno questi navigabili ed atti a trasporto o no, parmi applicabile quanto ho detto al precedente n.° 2 per le isole naturali ed accidentali delle acque correnti navigabili ed atte a trasporto o no, e precisamente quanto ho osservato alle lettere *bb*, *cc* dello stesso numero, tanto secondo il Codice Napoleone quanto secondo l' austriaco.

(*c*) 1.° Ho detto nella precedente annotazione *b* n.° 1, che titolo di proprietà delle isole naturali od accidentali del mare che non fossero di nessuno, si è la concessione dello Stato di cui è cittadino quegli che primo le occupasse, e che dallo Stato stesso viene regolata l' acquisizione della proprietà delle parti del territorio di esse per diritto del primo occupante.

Quando dunque vi abbia quella concessione dello Stato come titolo di acquisizione della proprietà delle parti di territorio di quelle isole per occupazione, e quando lo Stato abbia regolato la suddetta acquisizione, il modo di essa sarebbe la presa effettiva di possesso, la quale potrebbe consistere nell' introdurvisi, nel crearvi stabilimenti, nel coltivarvi terreni, nel porvi segni, per parte del primo o dei primi occupanti.

2.° In quanto alle isole fluviatili, osservo quanto appresso:

a) La legge, come si vede all' articolo 560 del Codice Napoleone, ed al § 407 del Codice austriaco, dà immediatamente allo Stato la proprietà delle isole che sotto l'impero di essi si fossero formate in un'acqua corrente navigabile ed atta a trasporto, e delle quali perciò diventa il primo proprietario, non essendovene stato prima nessun altro.

Queste isole però pel suddetto articolo del Codice Napoleone non sono escluse dal privato commercio, tanto è vero che altri che non sia lo Stato, può acquistarne la proprietà per titoli (documenti scritti) o per prescrizione (usucapione).

Ora lo Stato per impedire che altri fuori di lui ne acquisti la proprietà per usucapione, vale a dire con un possesso atto per legge ad indurla, deve prendere e conservare il possesso delle isole stesse.

Il modo di prenderne il possesso ossia di occuparle sarà quello che ho indicato in fine del precedente n.° 1.

b) Il principio che rende propria per congiungimento quella terra che nessuno può ravvisare per propria indusse i legislatori francese ed austriaco ad assegnare ai proprietarii dei fondi situati sulle due rive quelle unioni di terra od isolette che sorgessero in mezzo ad un' acqua.

Il Codice austriaco poi dice che se l' isola si formi più d' appresso dell' una o dell' altra riva, il proprietario della riva più vicina vi ha soltanto diritto (§ 407).

Il Codice Napoleone contiene una prescrizione più precisa dicendo che se l' isola non siasi formata da un solo lato, essa apparterrà ai proprietarii confinanti ai due lati, divisibile secondo la linea che si suppone tirata nel mezzo della riviera (art. 561).

c) Se un' acqua, fosse anche navigabile, diramandosi formasse un' isola nel campo del vicino, il precedente padrone continuerebbe a possedere il proprio terreno riconosciuto. Ciò risulta dall' art. 562 del Codice Napoleone e dal § 408 del Codice austriaco.

3.° Le unioni di cui parla l' art. 561 del Codice Napoleone ed il § 407 del Codice austriaco, appartengono ai proprietarii confinanti come accessorii delle riviere; imperocchè, quantunque l' acqua corrente non appartenga ad alcuno, nondimeno il letto appartiene ai proprietarii confinanti, i quali, secondo il Codice Napoleone, possono anche servirsi dell' acqua al suo passaggio, come risulta dall' art. 644 di quel Codice.

Del resto è controverso se il letto delle riviere non navigabili appartenga ai proprietarii confinanti.

Il tribunale d'Argentres, in un suo giudicato benissimo motivato del 4 settembre 1829, che si può vedere nella Raccolta dei giudicati di Sirey, tom. 20, parte II, pag. 201, e la corte di Tolosa in un giudicato del 6 giugno 1832, che si può vedere presso lo stesso rac-

Digitized by Google

coglitore al tomo 32, parte II, pag. 414, sostennero l'opinione contraria. Ma in ogni caso il proprietario non può fare, nella parte che si suppone appartenergli, alcun' opera, per esempio, una diga, che facesse restringere il letto della riviera e rendesse più rapido il corso dell'acqua. La corte suprema di cassazione francese con decisione 1.° dicembre 1829 rigettò tale massima pel motivo che quand' anche fosse vero, come ritenne il tribunale civile, che i confinanti delle riviere non navigabili o navigabili sieno proprietarii, ciascuno per metà del suolo sul quale scorrono le riviere, questa proprietà sarebbe gravata della servitù naturale derivante dalla situazione dei luoghi, e che a termini dell' articolo 640 del Codice Napoleone, non può cangiarsi nè rendersi, sia direttamente, sia indirettamente, più onerosa agli altri confinanti.

(*d*) Riguardo alla misurazione dell' isola onde sapere in quale quantità spetti ai confinanti, il Codice Napoleone dice appartenere ai proprietarii confinanti dal lato ove si è formata, e se l' isola non siasi formata da un solo lato, appartener essa ai proprietarii confinanti ai due lati, divisibile secondo la linea che si suppone tirata nel mezzo della riviera (art. 561).

Il Codice austriaco dice che i proprietarii dei fondi situati sulle due rive lungo dell' isola hanno il diritto esclusivo di occuparla in due parti e di dividerla fra loro in proporzione della lunghezza del loro fondo; che se l' isola si forma in una delle due metà dell' acqua, il solo proprietario della riva più vicina n' ha diritto (§ 407).

La lettera di questo § del Codice austriaco parve oscura a molti trattatisti, tra i quali Nippel e Winiwarter, ed altri la sorpassarono perchè forse la ritennero chiarissima, tra i quali Zeiller.

Nippel sostiene che in qualunque modo ed in qualunque parte l' isola nuovamente sorta in un' acqua tocchi od interessi la metà dell' alveo in cui si è formata, debba sempre essere divisa in due eguali porzioni tra i frontisti da una parte ed i frontisti dall' altra; ed indi ciascuna di queste due parti debba dividersi tra i relativi frontisti in altrettante parti quanti essi sono, in proporzione però dell' estensione dei loro fondi.

Winiwarter sostiene che l' isola debba essere divisa in modo che ciò che rimane oltre alla metà dell' alveo resta ai proprietarii dei fondi frontisti da qualche parte, e ciò che rimane di qua della metà dell' alveo resti ai proprietarii dei fondi frontisti di questa parte, e che fra loro poi debba in proporzione dell' estensione dei loro fondi suddividersi ciascuna parte in altrettante porzioni quanti essi sono.

Il legislatore, osserva Degli Sforza, nel § 407 ha distinti due casi: Uno in cui l' isola sia perfettamente sorta in mezzo dell' acqua, l' altro in cui l' isola fosse sorta tutta intera in una delle due metà dell' acqua stessa.

Se l' isola è perfettamente sorta nel mezzo dell' acqua, la legge le attribuisce in proprietà per una giusta metà ai frontisti della sponda destra e per l' altra metà giusta ai frontisti della sponda sinistra. E ciò perchè? Perchè l' isola nuovamente sorta si considera come parte del fondo vicino per diritto di naturale accessione, mentre il proprietario di questo fondo ha diritto di estendere per l' accessione la sua proprietà sull' alveo fino a che questo diritto non si trovi in contrasto con un altro diritto di terza persona, il quale, essendo eguale al suo, nell' incontrarsi per opposizione deve come l' altro rimanere paralizzato. Questo punto è la metà precisa dell' alveo.

Nel secondo caso, se l' isola è sorta intera in una sola metà dell' acqua, vale a dire se l' isola colla sua superficie non tocchi la linea di mezzo dell' alveo, la legge attribuisce

Digitized by Google

stieri trovare, partendo da ciascun punto delle due sponde, il punto centrico della larghezza dell' alveo, e questo punto centrico è il punto che separa le proprietà dei frontisti rispetto a quelli della sponda opposta. Si noti però che in ogni linea che interseca l'alveo può il punto di mezzo variare a seconda della conformazione dell' alveo stesso. Trovata che sia la metà precisa dell' alveo e tirata la linea relativa che la segna in cadaun punto, nel caso che questa linea intersechi l' isola, è inutile rilevare se più ne resti da una parte che dall' altra, poichè ciò che resta da una parte appartiene in proprietà ai frontisti proprietarii dei fondi situati in quella riva lungo l' isola, e ciò che resta dall' altra parte spetta in proprietà ai frontisti di questa.

Per eseguire poi la divisione di ciascuna di queste due parti tra i proprietarii dei fondi situati sulla sponda relativa, si devono ricercare i punti estremi di confine di ogni singolo fondo e da questi punti di confine tirando altrettante linee perpendicolari sulla linea che segna il mezzo dell' alveo si otterrà la divisione dalla legge prescritta, poichè queste linee segneranno il confine anche nell' isola di ciascun proprietario frontista, essendochè ciò che rimane tra i due confini di ciascun proprietario è di lui esclusiva proprietà; e questa per ragione matematica starà sempre in proporzione alle altre in ragione dell' estensione dei fondi.

Quando l' isola non è intersecata dalla linea che segna la metà dell' alveo è tutta di que' proprietarii limitrofi della sponda più prossima alla quale giace l' isola.

Digitized by Google

CAPO XXXIV.

DE ALVEO.

I. *Alveus proprie est fluminis venter, et alia multa de alveo.* — II. *Alveus quomodo publici juris esse intelligatur.* — III. *Flumen si alveum omnino dimittat, quid juris.* — IV. *Fluminis impetu si abstulerit mihi simul et semel, vel successive totum agrum meum, non applicando vicino, sed sibi ipsi flumini alveum, seu lectum fecerit, et postea in breve tempus vel longum alio impetu locum mutaverit, an ager meus mihi de aequitate restituatur, an vero ipsi vicini lucrari debeant.* — V. *Alveus si mutatus fuerit, an novum flumen dicatur.* — VI. *Alveus mutatus vel relictus quando dicatur.*

I. *Alveus proprie est venter fluminis* (1): *et sicut stomachus continet vinum, ita alveus supra se continet aquam: nunc alveum lectum fluminis vulgariter appellamus, quia ibi flumen cubat* (2), *in quibusdam etiam locis canale fluminis. Alveus pluribus modis dicitur. Primo naturalis: id est, consuetus* (3), *quod naturalis cursus aestate discurrit potius, quam in hyeme* (4). *Item dicitur alveus naturalis, id est, antiquus, ad differentiam novi: et ita potest accipi* (5). *Item dicitur alveus novus in dictis juribus ad differentiam veteris. Unde et si per multos annos stetérit, novus appellatur, donec alius novus super-*

CAPO XXXIV.

DELL'ALVEO.

I. L'alveo è propriamente il ventre del fiume, ed altre molte cose intorno ad esso. — II. Quando l'alveo si reputi essere di diritto pubblico. — III. Che di diritto, se il fiume abbandona totalmente l'alveo. — IV. Se il fiume col suo impeto mi avrà tolto in una sola fiata od in più tutto il mio campo, non dandolo al vicino, ma formando in esso il suo letto od alveo, e poscia in breve tempo od in lungo con altra rotta avrà mutato luogo, il mio campo dovrà forse per equità esservi restituito, o dovrà esser lucrato dallo stesso vicino? — V. Se quando l'alveo si fosse mutato, si dica esservi un nuovo fiume. — VI. Quando si dica che l'alveo è cambiato od abbandonato.

I. L' alveo è propriamente il ventre del fiume; ed in quel modo che lo stomaco contiene il vino, così l' alveo contiene in se l'acqua. Ora noi appelliamo l' alveo volgarmente letto del fiume, perchè in esso il fiume giace. L' alveo così si chiama in più maniere. Primamente si dice naturale cioè consueto, perchè il corso naturale del fiume ha luogo piuttosto nell' estate, che nell' inverno. Del pari si dice alveo naturale, cioè antico, a differenza del nuovo. Così pure si dice alveo nuovo a differenza dello antico. Laonde, sebbene per molti anni sia durato, si appella nuovo, finchè non se ne formi un altro di più nuovo. Si dice ancora

Digitized by Google

veus prior: et tunc haberet locum (1). *Item alveus dicitur qui non est naturalis, et appellatur inundatio, secundum Barthol.* (2). *Item alveus dici potest qui non est modo, sed jam fuit* (3): *et item Barthol. dicit* (4): *qui scribit hoc facere pro notario, et testibus dicentibus, talis filius Titii, cum Titius esset mortuus: quia subintelligitur quondam* (5). *Iste alveus est juris publici, quamdiu flumini servit; quia ejusdem juris est, sicut est flumen* (6), *et Barthol.* (7), *qui dicit hoc esse mirabile: nam regulariter quicquid superimponitur, solo cedit: hoc solum autem cedit aquae, quae superimponitur, et est speciale in flumine et mari, et caeteris aquis: et idem vult Bart.* (8).

II. *Quomodo autem intelligatur alveum esse publici juris? dic quod omnes gentes isto jure utuntur, et talia loca sunt publica, et in dominio ejus, qui ibi habet imperium* (9), *et adde opt. text.* (10), *qui dicit in fin. impossibile esse, ut alveus fluminis publici non sit publicus, et hoc est utile scire, ut intelligamus, an quilibet de alveo flumin. possit arenam extrahere, et exportare.*

III. *Sed quid si flumen alveum omnino dimittit? Dic quod alveus desinit esse publici juris, etiam si dimittat cum impetu, et omnibus videntibus, et eorum efficitur qui juxta alveum habent praedia sua* (11).

IV. *Sed pone quod impetus fluminis abstulit mihi simil et semel, vel successive totum agrum meum, non applicando vicino, sed sibi ipsi flumini fecit alveum seu lectum: et postea in breve tempus, vel longum alio impetu locum mutavit* (*), *nunquid ager meus mihi de aequitate restituetur, an vero vicini lucrabuntur? Quidam dicunt, quod mihi debet restitui* (12). *Alii dicunt contrarium, si in totum perdi-*

veo anteriore. Così pure alveo si dice quello che non è naturale, e s' appella innondazione, secondo Bartolo. Parimente si può dire alveo quello che non esiste di presente, ma che fu in passato. Così pure dice Bartolo, il quale scrive che ciò serve pel notajo e pei testimoni, che dicono: *il tale figlio di Tizio*, mentre Tizio è morto, dacchè si sottintende il *quondam*. Questo alveo, dicono i testi, è di pubblico diritto sino a che serve al fiume, perchè è dello stesso diritto, del quale è il fiume. E Bartolo dice, che questa è cosa maravigliosa, conciossiachè di regola tutto ciò che si sovrappone al suolo, cede a questo; il suolo poi cede all' acqua, la quale gli è sovraimposta; ed è cosa speciale rispetto al fiume, al mare ed alle altre acque. Lo stesso pensa anche Baldo (*a*).

II. In qual modo s' intende che l' alveo è di pubblico diritto? Rispondi, che tutte genti fanno uso di questo diritto, e siffatti luoghi sono pubblici, ed in dominio di quello che colà tiene impero. Ed havvi un testo che dice essere impossibile, che l' alveo del fiume pubblico non sia pubblico; e questa è utile cosa a sapersi onde conoscere se ciascuno possa cavare sabbia dall' alveo del fiume ed asportarla (*b*).

III. Ma che di diritto, se il fiume abbandona l' alveo del tutto? Rispondi, che l' alveo cessa d'essere di diritto pubblico, anche se è lasciato per uno straripamento ed alla vista di tutti, e diventa proprio di quelli, che tengono i loro fondi lungo lo stesso alveo.

IV. Ma poni quest'esempio: che l' impeto del fiume m'abbia rapito, od in una sola volta od in più, tutto intero un campo, non trasportandolo al fondo del vicino, ma formando in esso il proprio letto; e che poscia in breve tempo od in lungo, con altro impeto abbia mutato luogo (*). In questo caso il campo sarà a me restituito per equità, oppure se lo godranno i vicini? Alcuni dicono, che mi dev' essere restituito. Altri

(1) *D. § insula, ut probatur in d. l. 1. § qui hac aestate, ut not. Bart. in d. tract. 2. col. vers. prior. quidem.*

(2) *In d. tract. de alveo, in princ. 2. col.*

(3) *Per l. insula, in fin. D. de acquir. rer. dom. et l. divortio, in princ. ff. de negot. gest.*

(4) *In d. § tract. in 2. col.*

(5) *In l. si plures, in 3. col. in an. Cod. de cond. in fer. et dixi supra in tit. de aqua.*

(9) *Secundum Bart. d. 7. col. vers. publici juris, Bald. in dict. l. si plures, 3. col. in princ. et dixi supra de mari, vers. sed dubitari potest,* alveus fluminis an dicatur esse communis non solum, ubi omnino vide per Cyn. *in l. quaedam. ff. de rer. divis.* ubi

Digitized by Google

di. Pro prima opin. facit l. Attilicinus, ff. de servit. rust. praed. *et est casus secundum unam lect.* (1), *nec est simile de alluvione, quia ibi est jam jus quaesitum, sed in alveo nihil est quaesitum privato, sed solum, ut ita dixerim, flumini. Cum ergo flumen habeat quodammodo istum alveum pro derelicto, aequum est agrum restitutum ad suum dominum reverti, magis quam ex lucrativa causa circumcolentibus applicari* (2): *et hanc opin. tenet Dyn.; secus si paulatim et vicino adjiciendo, quia tunc est alluvio: et ideo nihil recupero de rigore, vel aequitate quod alterius factum est: et ita tenet Bald.* (3). *Vel potest aliter distingui secundum Bart.* (4). *Aut flumen recessit cum impetu, et restituitur primo domino* (5). *Et est ratio, quia magis videtur esse inundatio, quam alveus ut dixi circa princip. Aut non recessit cum impetu, et tunc aut apparet forma primi agri, et domino restituitur* (6). *Ratio est, quia non desinit, ex quo remanet forma. Aut forma non apparet et tunc aut de rigore loquimur, et non restituitur primo domino, secundum Azo.* (7). *Quae tamen Bart. intelligit, nisi flumen fecerit ibi alveum per* 10. *annos inter praesentes, et* 20. *inter absentes. Sicut enim quilibet hoc tempore praescripsisset, ita et flumen cum habeat titulum de jure gent.* (8). *Item sicut recuperat fundum, ita et partem fundi* (9). *Contra istud tamen facit, quod not. Bald.* (10), *ubi dicit, quod aqua per se fluens, non potest inducere praescriptionem vel consuetudinem* (11), *et eandem rationem aequitatis videtur habere jus acquisitionis alvei dimissi, vel ejus qui adderetur per alluvionem, et dicit Bart. quod ista est mens* (12), *si bene inspiciatur.*

(1) *In l. si ager, cum l. seq. ff. quibus mod. ususfruct. amit.*

dicono l' opposto, se tutto lo perdei. A favore della prima opinione sta la legge *Attilicinus ff. de serv. rust. praed.* e l' analogia d' un caso consimile in altro testo; nè avviene lo stesso nell' alluvione, perchè in essa il diritto è già acquistato, mentre nell' alveo niente è acquistato dal privato, ma bensì dal fiume. Allorchè adunque in qualsiasi maniera il fiume ha abbandonato il suo letto, è cosa equa che il campo restituito dalle acque ritorni al primiero suo padrone, piuttostochè sia lasciato ai circonvicini proprietarii per causa lucrativa; e questa è opinione di Dino. Diversamente però, se a poco a poco si fosse staccato ed aggiunto al fondo vicino, imperocchè allora sarebbe alluvione, e perciò io non ricuperei niente a rigore di diritto, o per equità, dacchè sarebbe diventato proprietà di un terzo; e questa è sentenza di Baldo. Oppure si può altrimenti distinguere, secondo Bartolo. Od il fiume si ritirò impetuosamente, ed il campo si restituisce al primo padrone; e la ragione si è, che maggior cosa sembra essere l' innondazione di quello che l' alveo, come dissi dapprima. O non si ritirò con impeto, ed allora, o il campo ha la forma primitiva e viene restituito al padrone; e la ragione è questa, che esso tuttavia sussiste, dacchè rimane la sua forma. Od il campo non ha più la forma primiera, ed allora, se parliamo a rigore, non si può restituire al primo suo padrone, giusta l'opinione d' Azzone. La quale tuttavia Bartolo intende procedere, purchè il fiume non abbia in esso campo formato il suo letto per 10 anni fra presenti e 20 fra assenti. Imperciocchè siccome in questo tempo chiunque avrebbe prescritto, così pure avrebbelo il fiume, avendo un titolo di diritto delle genti. Del pari, come si recupera un fondo, così pure una parte del fondo. In contrario a ciò giova quello che nota Baldo, il quale dice, che l' acqua fluente di per se non può indurre prescrizione o consuetudine; e la medesima ragione d' equità sembra avere il diritto d' acquisto dell'alveo abbandonato o di quello che si aggiunge per alluvione, e dice Bartolo che questo è il vero senso de' testi, se bene si esaminino (c).

(7) *In dict. § quod si toto.*

(8) *L. in bello, § si quis servum, ff. de capti*

V. *Quid autem si alveus est mutatus, n dicatur novum flumen? Pone enim, uod princeps concessit mihi, ut possim n tali flumine colligere pedagium, an po- ero alveo mutato? Quidam dicunt quod on* (1). *In contrarium videtur esse flu- nen* (2). *Si uno impetu recessit, dicitur ovum flumen: secus si paulatim* (3). *In onte* (**) *autem indistincte loco mutato lius erit pons* (4). *Nam pons dicitur a ono ponis, et stabilitate. Et ideo amato onte a loco suo, non idem pons est, ita ult notabiliter Bald.* (5).

VI. *Sed dubitari posset circa praedi- ta, quando dicatur alveus mutatus vel elictus. Barthol.* (6) *dicit quod requiritur, uod sit in totum et perfecte relictus et utatus, quod constare potest in hyeme, icut per contrarium alveum esse constat n aestate, quando aqua est minor, quasi rguendo a minori: quia si sic in aestate, le qua minus videbatur, retinetur talis ocus flumine occupatus, ergo multo ma- is detinetur in hyeme, sed hoc argument. on concluderet, in agro Veronensis cir- a flumen Athesis, qui communiter in hye- ne est parvus, sed in aestate maximus, on propter pluvias, sed propter liquefa- tas nives in montibus, ideo in eo totum ontrarium esset inspiciendum, videlicet nundatio* (***) *aquarum aestivarum. Item ntelligitur alveus derelictus et mutatus, t si aliquantulum aqua fluat per alveum ntiquum; si tamen aqua est ita modica, uod fluminis nomen perdiderit, quod ex pinione circumcolentium discernitur* (7), *i enim aqua inde currens, non est flumen, rgo ille locus non est alveus fluminis, uod alveus sit relictus sine spe reverten- i. Nam si ideo, quia aqua ducitur ad mo- endinum, cessat ire ad alveum, non per oc efficitur privatus alveus, cum in pote- tate sit ducentis eam aquam in alveum emittere: et sic sufficit, quod possit ire*

V. Che poi di diritto, se l' alveo s'è mutato; si dirà forse esservi un fiume nuovo? Poni ad esempio, che il principe mi abbia concesso, ch' io possa riscuotere pedaggio sul fiume tale; lo potrò io riscuotere, se ha mutato l' alveo? Certuni dicono di no. All' opposto sembra che sì, perchè il fiume sembra essere lo stesso. Se in un impeto solo il fiume s' è ritirato, si dice ch' è un fiume nuovo; diversamente se recedette a poco a poco. Circa il ponte (**) poi indistintamente, mutato il sito, si dirà che vi è un ponte nuovo. Imperocchè il ponte così si chiama dal verbo *pono*, e dalla sua stabilità. E però, tolto il ponte dal suo sito, esso non è più il medesimo, come nota Baldo singolarmente (*d*).

VI. Ma si può dubitare circa le predette cose, quando l' alveo si dica mutato od abbandonato. Bartolo dice, che si richiede che ei sia all' intutto e perfettamente abbandonato e mutato, lo che può avvenire nel verno, mentre nell'estate si vede essere stabile, quando l' acqua è poca, quasi arguendo dal minore; imperocchè se nell' estate, nella quale si vede poca acqua, quel luogo si stima occupato dal fiume, dunque a maggiore ragione lo si stimerà occupato nel verno. Ma questo argomento non concluderebbe rispetto al fiume Adige nell' agro Veronese, il quale ordinariamente è piccolo nel verno, e grandissimo nell' estate, non già per le pioggie, ma per le nevi liquefatte dei monti; e però rispetto ad esso tutto il contrario si deve osservare, cioè le regole dell'innondazione (***) delle acque estive. Parimente l'alveo s'intende abbandonato e mutato, benchè qualche poco d'acqua scorra per l'alveo antico, purchè però quest'acqua sia tanto scarsa, che perda il nome di fiume, lo che si desume dall' opinione dei circonvicini abitanti. Imperocchè se l' acqua, che scorre in esso, non è più fiume, ne viene che quel sito non sia più il letto del fiume, e che lo alveo si reputi abbandonato senza speranza di restituzione. Conciossiachè se l' acqua cessa di correre nel suo alveo per ciò che viene condotta ad un mulino, non per questo

Digitized by Google

Barthol. se vidisse Nursiae, ubi est flumen quoddam cujus nomen est Turpido, qui septem annis fluit, et qui septem occultatur, et sic factum: et quod possit esse, allegato text. (1). *Certe illo tempore quo occultatur, non dicitur alveus derelictus propter consuetudinem revertendi* (2). *Tertium requiritur, quod flumen veterem alveum reliquerit et per alium locum perfecte fluat*, l. adeo, § quod si toto alveo naturali relicto flumen alias fluere coeperit eod. tit. *quod verbum est praeteriti subjunctivi, significans rem perfectam* (3), *et hoc ideo contingit, quia non dimittitur alveus nisi alius assumatur. Sed si contingat, quod flumen occultetur, et per alium locum non flueret, etiam alveus derelictus eorum esset qui prope praedia possiderent: et idem si probaretur in judicio solum, quod alveus est divisus, licet non probetur, quod alio loco fluere coeperit: nam tunc agens obtineret, quia sufficit primum, si a primo incipias, scilicet ab alveo relicto: sed si inciperes a secundo, scilicet quod alio loco coeperit fluere: tunc requiritur utrunque; quia potest esse, quod per duo loca fluat, et in quolibet retineat nomen fluminis: et ita contingit in multis locis Athesis, qui discurrit per territorium Veronense* (4). *Caetera circa istam materiam, vide plene per Barthol.* (5).

dare per l' alveo, benchè non vada. E però se si trova qualche fiume, che in certo tempo corra, ed in certo no, come dice Bartolo d' aver veduto a Norsa, dove scorre un fiume chiamato Turpidone, che per sette anni fluisce e per altri sette si nasconde (lo che può essere, come dimostrano i testi), certamente in quel tempo, nel quale si nasconde, l' alveo non si dice abbandonato in forza della consuetudine del fiume di ritornare. In terzo luogo si richiede, che il fiume abbia lasciato il vecchio alveo, e scorra interamente per altro sito, come dice il testo della legge *adeo § quod ff. de adquir. rer. dom.* « se il fiume, abbandonato tutto l' al» veo naturale, abbia cominciato a scorrere » altrove »; il qual verbo è in tempo passato del soggiuntivo, e significa cosa perfetta, donde risulta, che il fiume non abbandona l' alveo, se un altro non se ne formi. Ma se avviene che il fiume si nasconda, e non vada per altro luogo, anche l'alveo abbandonato sarebbe di quelli che possedono i loro fondi lì presso. Lo stesso avverrebbe se fosse provato in giudizio soltanto che lo alveo è diviso, benchè non sia provato che abbia cominciato a scorrere per altro luogo; imperocchè in tal caso chi agisce vincerebbe, dacchè basta il primo requisito, se cominciassi dal primo, cioè dall'alveo abbandonato; ma se cominciassi dal secondo, cioè che abbia principiato a scorrere per altro luogo, allora abbisognerebbero amendue, perchè può accadere che scorra per due luoghi, ed in ciascheduno ritenga il nome di fiume, come si vede di fatto in molti punti dell' Adige, che scorre nel territorio Veronese. Ciò che resta a dirsi circa questa materia, vedilo interamente in Bartolo.

(1) *In l. unus ex socis, § fin. cum l. seq. ff. de servit. praed.*

(2) *Arg. l. naturalem, § in his autem, ff. de acquir. rer. dom.*

(3) *L. 1. § 1. ff. quod quisque jur. et l. si quis stipulatus sit Stichum, in princ. de verb. obl.*

(4) *Facit ad praedicta l. quemadmodum. et ibi not. D. de acquir. possess. et l. potuit, Cod. de jure delib. et Bart. in tract. de alveo, 2. co. ubi idem voluit, ver. fluere coeperit.*

(5) *In d. tract. de alveo, et Bald. in rubr. D. de rer. divis. et text. in d. l. adeo, § insula, et l. ergo, § tribus, ff. de acquir. rer. dom. et § insula, ff. de rer. divis. et l. 1. § simili modo, cum § seq. ff. de fluminib.*

(*) *Locum mutavit.* An alvei mutatio tollat jus, *vide Guil. de Cun.* (1).

(**) *In ponte.* Ponte destructo, in quo pedagium

(*) *Mutò luogo.* Se il cambiamento dell'alveo perima il diritto, vedi Guglielmo da Cunio.

(**) *Sul ponte.* Qualora sia distrutto il ponte, nel

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO XXXIV.

(*a*) L' alveo rettamente viene definito: la fossa per cui scorre il fiume.

(*b*) Il Codice Napoleone porta che tutt' i fiumi, le riviere navigabili od inservienti al trasporto, le rive, le coste occupate ed abbandonate dal mare, i seni, le spiagge sono considerate come pertinenze del demanio pubblico (art. 538).

Per demanio pubblico s' intendono i beni dei quali la proprietà appartiene allo Stato, l' uso in generale è lasciato ai privati e le rendite aumentano il pubblico tesoro.

Il Codice austriaco chiama beni universali o pubblici ciò ch' è conceduto ai cittadini soltanto ad uso, tra cui annovera i fiumi, le riviere, i porti e le spiagge del mare (§ 287).

Niun dubbio dunque per noi che la proprietà dell' alveo appartenga allo Stato.

Lo Stato può dunque lasciare a tutti l' uso della sabbia dell' alveo dei fiumi, come può permetterne l' uso ad alcuni soltanto mediante concessione o costituzione di servitù.

(*c*) Due sono i casi che possono succedere nell' abbandono di un alveo.

L' acqua può prendere un nuovo corso, ovvero, disseccandosi, può lasciar l' alveo.

Nel primo caso i proprietarii dei fondi pei quali l' acqua ha preso il nuovo corso hanno diritto di essere indennizzati col terreno rimasto scoperto nell' alveo abbandonato o col prezzo del medesimo. Ciò risulta dall' art. 563 del Codice Napoleone e dal § 409 del Codice austriaco.

Nel secondo caso l' alveo abbandonato appartiene ai proprietarii delle rive adiacenti, com'è prescritto riguardo alle isole di cui abbiamo trattato nel precedente Capo XXXIII.

S' intende poi che se l' acqua ossia stagno fosse stato di privata spettanza, rimarrebbe al proprietario dell' alveo scoperto. Ciò rilevasi dall' art. 562 del Codice Napoleone e dal § 408 del Codice austriaco.

Nè il Codice Napoleone nè l' austriaco contemplano il caso che il fiume dopo aversi aperto un nuovo letto, tornasse qualche tempo in appresso all' alveo. In tal caso sembra che allorquando il precedente proprietario non fosse stato in alcuna guisa risarcito del danno cagionato dall' invasione del fiume, dovesse tornare nel dominio del proprio fondo rimasto nuovamente scoperto, almeno fino a tanto che il suo diritto non fosse rimasto estinto per la più lunga prescrizione trentennaria, computabile dal tempo in cui l' acqua fosse tornata al suo antico alveo.

Nel caso di un alveo abbandonato pel nuovo corso delle acque, tutt' i danneggiati, come vedemmo, hanno diritto di essere indennizzati sull' alveo medesimo; ma anche i proprietarii dei fondi posti sulle rive adiacenti hanno il diritto ritenere per se quella porzione, sia di alveo in natura, sia di prezzo che fosse rimasto dopo compensati i danneggiati. Per ciò hanno interesse di conoscere questo danno e l' importo del medesimo tutt' i frontisti dell' alveo e lo ha ciascuno dei danneggiati dal nuovo corso delle acque verso gli altri danneggiati. E perchè chi pretende di avere avuto un danno deve provare il fatto e la quantità del medesimo, i frontisti dell' alveo abbandonato hanno pel naturale diritto di accessione un' azione prevalente a quella dei danneggiati, perchè la loro azione sta da per sè sola e quella dei secondi abbisogna dell' appoggio di un' altra condizione che da loro debb' essere stabilita. E perchè i danneggiati non possono pretendere un' indennizzazione maggiore del danno sofferto, i frontisti dell' alveo abbandonato rimangono sempre comproprietarii di ciò che avanzasse, sia in natura, sia in prezzo, dopo prestata l' indennizzazione.

Siccome il legislatore austriaco in materia di alveo abbandonato non riserva allo Stato espressamente, come fece delle isole, la proprietà degli alvei dei fiumi anche navigabili, così riteniamo, colla scorta pure dello Zeiller e del Pagani, che le teorie ora esposte siano applicabili a qualunque caso, sia che le acque le quali abbandonano il proprio letto fossero navigabili, o meno, tanto se fossero fiumi, quanto se torrenti od altro.

Digitized by Google

Circa l' alluvione e l' avulsione, di cui l' autore parla al n.° IV, vedi le nostre annotazioni al susseguente Capo XXXV.

(*d*) Riguardo al diritto di riscuotere pedaggio sur un ponte pedaggio, la corte di Nimes col giudicato 1.° giugno 1839 decise che il conduttore di un diritto di pedaggio sur un ponte non è ammesso a domandare una riduzione del suo prezzo di locazione a motivo di essere sopraggiunto un avvenimento fortuito, il quale per un certo tempo avesse reso improduttivo il ponte.

Digitized by Google

CAPUT XXXV.

DE ALLUVIONE.

I. *Alluvionis materia, remissive.*

I. *Alluvionis materia, quae ampla est et subtilis, post alvei materiam, de qua proxime diximus, satis conveniret: quia ex alveo paulatim relicto procedit* (1). *Verum, quia subtiliter et abunde declarata est, etiam per* 22. *quaestiones per Bart. in suo eleganti tractatu Tyberiadis in prima parte, quae etiam de alluvione inscribitur: ideo supervacuum esse putavi hîc de ea scribere: cum sufficere videatur Bart. commemorasse, ad quem unusquisque recurrere poterit: et de ea praescribit etiam Bald.* (2), *et in dictis duob.* § *ponitur quando incrementum alluvionis incipit in fundo feudali* (3).

(1) *L. adeo,* § *praeterea, ff. de acquiren. rer. dom. et Instit. de rer. divisio,* § *praeterea per alluvionem.*

(2) *In rub. D. de rer. divis.* 8. *col. in princ. versic. nunc de rebus singulorum, et l. nevio, eod. tit. et c.* 1. § *si quis de manso, et maxime in* 4. *col. vers. sequ. in* § *seq. qui incipit rursus in tit. de controv. inve. in usib. feud.*

CAPO XXXV.

DELL' ALLUVIONE.

I. Della materia dell'alluvione, brevemente.

I. La materia dell'alluvione, ch'è ampia e sottile, starebbe abbastanza bene dopo la materia dell'alveo, della quale ora abbiamo discorso, perchè da esso procede mediante la terra a poco a poco lasciata. Ma siccome essa fu sottilmente ed abbondantemente spiegata, anche mediante le 22 questioni di Bartolo nel suo elegante trattato della *Tiberiade*, parte I, la quale eziandio porta il titolo dell' alluvione, così stimai superfluo scrivere qui intorno alla medesima, sembrandomi bastare che Bartolo n'abbia fatto cenno, al quale chiunque voglia potrà ricorrere. Di essa trattano anche Baldo ed i libri de'feudi, dove è indicato quando l'accessione prodotta dall' alluvione cominci nel fondo feudale (*a*).

(3) *Adde etiam l. hoc amplius,* § *de his, et quae ibi not. per Dd. ff. de dam. infect. vide l. adeo,* § *praeterea, et l. ergo,* § *alluvio, D. de acquir. rer. dom. et* § *praeterea, Instit. de rer. divis. et totum titulum, Cod. de alluvio, et Paul. de Cast. in l. item si fundum,* § 2. *D. de usufruct.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XXXV.

(*a*) 1.° Le leggi romane così definiscono l' alluvione: *Est autem alluvio incrementum*

Digitized by Google

Voet (*Ad Pandectas*, lib. 41, tit. I, § 15) e Richeri (*Jurisprudentia universa*, tom. 3, § 553), conformemente alla legge romana, la definiscono un incremento latente con cui viene a poco a poco ad aggiungersi qualche cosa ad un nostro terreno in modo da non conoscere quanto vi acceda di momento in momento.

E Merlin dice l' alluvione essere un incremento di terra che si forma a poco a poco sulle sponde del mare, dei fiumi e delle riviere, colle terre che l' acqua vi arreca (*Repertorio*, voce *Alluvione*).

Il diritto di alluvione non è stato regolato con leggi espresse se non al tempo di Giustiniano. L' origine procedette da un responso di Cassio Longino sur una quistione insorta fra alcuni proprietarii di fondi confinanti col Po. Tale responso era del seguente tenore: *Quidquid aqua lambendo abstulerit, id possessor admittat: quoniam scilicet ripam suam, sine alterius damno tueri debet.* I giureconsulti che succedettero a Cassio si appropriarono la di lui sentenza per formare un principio, del quale svilupparono le conseguenze. Giustiniano nelle Instituzioni, nel Digesto e nel Codice raccolse il risultato dei loro studii e vi appose la sanzione di legge.

Giusta questo principio l' alluvione appartiene *jure gentium*, al proprietario del fondo presso il quale si è formata, sia che risulti da materie apportatevi dal fiume, (l. 7, § 1, Dig. *De acquir. rerum domin.*), o da una retrocessione o ritiro fatto a poco a poco dalle acque (l. 1, Cod. *De alluv. et palud.*). L' alluvione non avrebbe luogo se l' incremento fosse avvenuto in modo servibile e non sarebbe necessario che l' accrescimento si fosse formato d' una parte riconoscibile di un altro fondo. Per quest' ultimo caso si applicavano regole speciali, ed è designato dai commentatori sotto il nome di *avulsio*. Pothier dice che si deve badare di non confonderla coll' alluvione. *Nam, verbi gratia, quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit, et meo praedio attulerit, palam est eam tuam permanere* (l. 7, § 2, Dig. *De acquir. rerum domin.*). La parte di terreno sottratta dall' impeto del fiume rimane all' antico proprietario, salvo col tempo (*longiore tempore*) non si fosse intimamente unita al suolo, nel quale fosse stata trasportata. Riesce evidente che i principii in questo caso sono del tutto diversi da quelli che regolano il caso precedente e conducono ad un' opposta decisione.

I diritti di alluvione ai riguardi della terra portata dal fiume non ispettavano ai proprietarii i cui fondi erano limitati, rinchiusi cioè da argini, e nemmeno ai proprietarii dei fondi lungo un luogo, od uno stagno (l. 12 e 16 Dig. *De acquir. rerum domin.*), perchè in essi le acque, crescano o decrescano, mantengono sempre i loro confini.

L' alluvione cresce alla cosa, non alla persona e segue la condizione del fondo (Richeri, *Jurisprud. universa*, tom. III, § 557), e per ciò l' avente diritto di decima, la percepisce anche sull' incremento avvenuto per alluvione, perchè questa acceduta al fondo si reputa simile al fondo (l. 11, § 7, Dig. *De publiciana in rem actione*); il creditore ipotecario esercita il suo diritto d' ipoteca anche sull' accessione avvenuta per alluvione (l. 18, § 1, Dig. *De pigneratitia actione*; l. 16 in princ. *De pignoribus et hypothecis*); l' usufruttuario percepisce i frutti della parte del fondo usufruttuato per alluvione accresciuto (l. 9, § 4, Dig. *De usufructu*), e in materia di dote l' alluvione si tratta in parità ed unione col fondo dotale (l. 5, Dig. *De jure dotium*).

L' esistenza di una strada pubblica fra un fondo ed un fiume non torrebbe al proprietario del fondo stesso il diritto di alluvione che si formasse al di là della strada, quando il fiume avesse asportata la strada istessa (l. 38, Dig. *De adquirendo rerum dominio*).

2.° Passiamo ora alle disposizioni del Codice Napoleone e del Codice austriaco.

a) Il Codice Napoleone ha quanto segue:

Digitized by Google

ancorchè il volume d' acqua venisse a scemare. Per la stessa ragione il proprietario dello stagno non acquista alcun diritto sopra le terre confinanti che la sua acqua va a ricoprire nei casi di straordinarie escrescenze (art. 558).

Se un fiume o riviera, sia o no navigabile, per un' istantanea forza, da un fondo contiguo alla riva ne svella una parte considerevole e riconoscibile e la trasporta verso il fondo inferiore, o verso l' opposta riva, il proprietario della parte staccata può reclamarne la proprietà, ma è tenuto di addomandarla dentro l' anno; scorso questo termine la sua domanda non sarà più ammissibile, salvo che il proprietario del fondo, al quale la parte staccata è stata unita, non ne abbia ancora preso il possesso (art. 559).

b) Ed il Codice austriaco:

La terra che l' acqua a poco a poco aggionge alla riva appartiene al proprietario della riva (§ 411).

Se poi per forza del fiume una considerevole parte di terra sia svelta da una riva e trasportata alla riva altrui, il precedente possessore perde il diritto di proprietà di essa soltanto nel caso che lasci trascorrere un anno senza esercitarlo (§ 412).

3.° Esaminiamo ora quali alluvioni ed ammassi di terra siano soggetti al diritto di accessione.

Il principio pel quale si attribuisce la proprietà dell' accessorio a chi possiede il principale si applica ai terreni che si uniscono ai fondi posti lungo le rive di un corso di acqua.

È irrilevante poi che questo corso sia navigabile o no; che abbia prodotto questi terreni deponendo materie argillose sulla riva o ritirandosi da se; la sola condizione richiesta dalla legge si è che l' accrescimento siasi formato successivamente ed insensibilmente. Ciò risulta dall' art. 536 del Cod. Napoleone e dal § 411 del Codice austriaco.

La legge suppone evidentemente che il fiume o la riviera seguano il loro corso naturale.

Ma se si fosse scavato un letto artificiale, se si trattasse, per esempio, di un canale scavato per far muovere le ruote di un mulino o di un opificio, si dovrebbero esaminare i titoli che avessero attribuito al proprietario del mulino o dell' opificio il diritto di condurre le acque a traverso della proprietà altrui ed osservare rigorosamente le convenzioni stipulate in questi titoli.

Quando i titoli accordano al proprietario non solo il dominio del corso delle acque, ma anche quello di una certa latitudine di sponde, il diritto d' alluvione non può aver luogo a profitto dei proprietarii delle rive; ma questi possono, in tal caso, esigere che le rive sieno costantemente mantenute nella loro condizione primitiva, onde prevenire qualunque deviazione pregiudiziale.

Se i titoli nulla dispongono sulla proprietà delle rive, non si potrebbe conchiudere che le spiagge di un canale appartengano al medesimo proprietario dal fatto che sono necessarie alla esistenza di esso. Anche i fiumi e le rive navigabili, sono, per esempio, proprietà dello Stato, e però le loro spiagge appartengono ai proprietarii del fondo lungo le rive (Codice Napoleone, art. 536 e 538; Codice austriaco, §§ 287, 1455, 1456 e 1457). Se dunque le spiagge del canale sono occupate dai proprietarii delle rive, saranno reputate di loro appartenenza e potranno irrevocabilmente acquistarle per prescrizione. Per questa decisione non si dovrebbe però attribuir loro l' ammasso di terra per diritto di alluvione, se il canale non avesse abbandonato sin dall' origine il medesimo letto. Il padrone del canale, non avendo mai perduto il suo diritto sul letto, potrebbe quindi distruggere gli ammassi di terra a misura che si formassero. E i proprietarii delle rive confinanti, da parte loro, potrebbero obbligare alla distruzione, qualora i loro fondi ne risentissero danno. All' opposto, se il canale non fosse rimasto nei suoi primi limiti ed insensibilmente si

Digitized by Google

natura. Se dunque cangiano di corso, il suolo rimane a quello a cui apparteneva da prima.

a) Al principio del diritto d' alluvione il Codice Napoleone stabilisce altre eccezioni:

aa) L' articolo 567 di quel Codice dichiara che il diritto di alluvione non ha luogo riguardo ai siti abbandonati dal mare. Questi, per l' articolo 538 sono considerati come pertinenze del demanio pubblico.

Questa disposizione non si estende alle alluvioni dei fiumi o delle riviere sui quali ha luogo il flusso del mare. Essendo stati attribuiti dall' articolo 556 ai proprietarii delle rive in forma generale gli accrescimenti su tutt' i corsi delle acque, sarebbe occorsa una disposizione formale per privarneli in questo caso.

bb) L' articolo 558 dello stesso Codice dichiara che il diritto di accessione o di alluvione non ha luogo riguardo ai laghi ed agli stagni. Questi ammassi d' acqua sono per la maggior parte mantenuti da riviere più o meno abbondanti, ma le acque sono trattenute ed ammassate nei luoghi per la disposizione naturale dei luoghi e negli stagni in forza di argini, o dighe o altri lavori fatti dall' uomo.

Basevi, dopo di aver detto che, secondo il diritto romano, non era ammessa l' alluvione nei laghi e negli stagni, soggiunge che anche il Codice austriaco sembra trattare sempre di acque correnti (*Annotazioni pratiche al Cod. civ. austr.*, al § 141).

b) Al principio del diritto di alluvione si devono fare le seguenti eccezioni sì pel Codice Napoleone, che pel Codice austriaco:

aa) Nel caso in cui il fiume o torrente formassero un nuovo corso abbandonando l' antico letto. Come vedemmo nelle nostre annotazioni al precedente Capo XXXIV, i proprietarii dei fondi occupati si dividerebbero a titolo d' indennizzazione l' antico letto abbandonato. Ciò si appoggia all' art. 563 del Codice Napoleone ed al § 409 del Codice austriaco.

bb) Nel caso in cui il fiume o la riviera, fosse navigabile o meno, per una istantanea forza, da un fondo contiguo alla riva ne avesse svelta una parte considerevole e riconoscibile e l' avesse trasportata verso un fondo inferiore o verso l' opposta riva. Questa porzione di terreno, che chiamasi avulsione, per l' articolo 559 del Codice Napoleone e pel § 412 del Codice austriaco, come vedremo in appresso ai n. 9 e seg., continuerebbe ad appartenere al medesimo proprietario.

4.° Siccome le isole nate nei fiumi navigabili appartengono allo Stato, in forza dell' art. 560 del Codice Napoleone e del § 407 del Codice austriaco, così anche le alluvioni che avvengono sulle rive dei fiumi navigabili spettano allo Stato.

5.° Secondo il Codice Napoleone i proprietarii lungo le rive beneficiati dall' alluvione sono tenuti, se il corso d' acqua sia atto alla navigazione, a lasciare un marciapiedi o sentiero secondo i regolamenti (art. 556). Quindi il cammino che separa una proprietà privata da un fiume non impedisce che l' alluvione appartenga al proprietario per diritto di accessione, mentre tale cammino è considerato come una semplice servitù esercitata sul fondo vicino e che non toglie il suo diritto al proprietario (Duranton, tom. IV, n.° 402). Ma dovrebbe dirsi diversamente se il cammino fosse pubblico, perchè questo non è l' esercizio di una semplice servitù, ma bensì una proprietà appartenente allo Stato se si tratta di strade regie od ai Comuni se si tratta di strade vicinali. L' alluvione deve dunque essere attribuita allo Stato od ai Comuni secondo i casi, ma non mai al proprietario del fondo confinante situato dall' altra parte della strada. Così fu deciso dalla corte di cassazione francese con giudicato 12 dicembre 1832, che trovasi in Sirey, *Raccolta de' giudicati*, tom. XXXIII, p. IV, pag. 5 ed in Dalloz, *Repertorio periodico*, anno 1835, p. I, pag. 102.

Tale giurisprudenza dovrebbe ammettersi anche sotto la legislazione austriaca, perchè se dalle devastazioni del fiume risentono danno lo Stato, le provincie ed i Comuni, è anche giusto che debbano risentire il vantaggio delle alluvioni che avvengono lungo le strade regie, provinciali e comunali.

Digitized by Google

compresa nella vendita di questo fondo, salvochè il contratto non contenesse una riserva dell' alluvione in favore del venditore, sendo essa un accessorio della cosa principale, e la proprietà dell' alluvione essendo una conseguenza necessaria della proprietà del fondo lungo la riva.

Per altro Pothier sostiene che l' acquirente col patto di ricupera può conservare le alluvioni, appoggiandosi alla massima *ubi periculum, ibi et lucrum.* Se la cosa fosse perita in tutto od in parte, egli dice, il venditore non potrebbe esercitare il diritto di ricupera sugli aumenti, e poichè il compratore sarebbe stato esposto a soffrire le perdite, sarebbe giusto che profittasse dell' aumento e ritenesse l' alluvione formata dopo il contratto (*Du contrat de vente*, n.° 400).

7.° I privati, ai quali arreca danno un' alluvione, hanno forse diritto di esigerne la distruzione dal proprietario che ne avvantaggia?

A tale riguardo devesi distinguere:

a) Se l' alluvione è l' effetto naturale delle acque, essa costituisce un caso di forza maggiore, le cui conseguenze debbono sopportarsi da quello cui avvengono. La legge ne attribuisce la proprietà al padrone dei fondi lungo la riva senza valutare il danno che potrebbe occasionare agli altri proprietarii.

b) Se l' alluvione fosse stata prodotta con lavori fatti artificiosamente la cosa procederebbe diversamente. In questo caso tratterebbesi di un fatto volontario che cagionerebbe danno al terzo e che obbligherebbe quello, per colpa del quale è avvenuto, a risarcirlo. Se dunque gli altri proprietarii dei fondi lungo la riva potessero provare tale cattiva intenzione nella direzione del torrente, avrebbero diritto di ottenere la distruzione dell' alluvione che ne fosse derivata.

8.° La regola che accorda diritto all' alluvione al proprietario lungo la riva è soggetta ad alcune restrizioni ordinate dal pubblico interesse.

Per esempio, sarebbe contraria all' interesse pubblico l' esistenza di ammassi di terra che ne impedissero la navigazione o il corso del fiume, o perchè essendo costruiti presso un ponte, dessero all' acqua una rapidità dannosa alla solidità di esso, o perchè fossero di ostacolo al corso delle acque in modo da cagionare inondazioni.

In tali casi, siccome l' interesse pubblico prevaler deve al privato, non potrebbero conservarsi siffatte alluvioni, per preziose che fossero, ed anzi, qualora dessero luogo a timori, l' amministrazione pubblica avrebbe diritto di ordinarne la distruzione.

Per altro, ciò avvenendo, il proprietario spogliato avrebbe certamente diritto ad una indennizzazione, e ciò in forza dell' articolo 545 del Codice Napoleone e del § 365 del Codice austriaco.

9.° Passiamo ora all' avulsione o staccamento di terreno.

L' alluvione, di cui parlammo finora, si distingue dall' avulsione, perchè quella avviene mediante la terra che l' acqua si aggiunge a poco alla riva, mentre questa avviene per congiunzione di un pezzo di terra considerevole ad un fondo altrui tratto a forza dall' impeto delle acque.

L' aumento del fondo mediante alluvione appartiene al proprietario della riva, e l' avulsione o staccamento di terreno spetta al precedente possessore (Codice Napoleone, art. 556 e 559; Codice austriaco §§ 411 e 412).

Ed in vero, la terra trasportata insensibilmente dall' alluvione non può essere riconosciuta dal precedente proprietario, mentre un grosso pezzo di terra tutto ad un tratto diveltosi può essere distinto per la osservabile sua forma. E trattandosi di alluvione a misura che il fiume porta le terre e le unisce al mio campo, queste divengono parte del medesimo, col quale non formano che un solo e medesimo tutto, e per ciò io ne acquisto il dominio *vi ac potestate rei meae.*

10.° In caso di dubbio se avesse luogo alluvione od avulsione, dovrebbe decidersi dai periti.

11.° Ripetiamo le disposizioni del Codice Napoleone e del Codice austriaco e del diritto romano sull' avulsione.

a) Codice Napoleone, art. 559:

Se un fiume o una riviera, sia o no navigabile, per una istantanea forza, da un fondo contiguo alla riva ne svelle una parte considerevole e riconoscibile, e la trasporta verso un fondo inferiore o verso l' opposta riva, il proprietario della parte staccata può reclamarne la proprietà, ma è tenuto di addomandarla entro l' anno; scorso questo termine, la

Digitized by Google

sua domanda non sarà più ammissibile, salvo che il proprietario del fondo, al quale la parte staccata è stata unita, non ne abbia ancora preso il possesso.

b) Codice austriaco, § 412:

Se poi per forza del fiume una considerevole parte di terra sia svelta da una riva e trasportata alla riva altrui, il precedente possessore perde il diritto di proprietà soltanto nel caso che lasci trascorrere un anno senza esercitarlo.

c) Secondo le leggi romane il proprietario perdeva il diritto di riavere la parte del suo terreno portata sopra un altrui fondo se ritardava nel reclamarla fino a tanto che il pezzo staccato si fosse unito all' altrui in modo da non formare più che un tutto, e le piante avessero messe radici in quel fondo. *Plane si longiore tempore fundo meo haeserit, arboresque quos secum traxerit in meum fundum radices egerint: et ex eo tempore videtur meo fundo adquisita esse* (l. 7, § 2, Dig. *De adquirendo rerum dom.*).

12.° Dalla esposizione di queste tre legislazioni si scorge:

a) Che le moderne legislazioni hanno tolte tutte le ambiguità che potevano insorgere sotto il diritto romano, riducendo ad un anno il diritto del proprietario di ripetere la sua terra, passato il quale non potrebbe più reclamare nè la terra, nè gli alberi ad essa attinenti, e nemmeno il prezzo, dovendo imputare alla propria negligenza il non aver prima fatto uso del suo diritto di dominio.

b) Che le stesse moderne legislazioni sono d' accordo quanto al tempo prefinito per la rivendicazione della terra, ma discordano soltanto in ciò che la legislazione austriaca non mette alcuna condizione o limitazione, mentre la francese toglie al proprietario il diritto soltanto quando quello sul cui fondo si arrestò la terra, ne abbia preso il possesso, e ciò pel motivo che per prescrivere conviene possedere, e che dal non averne preso possesso si ritiene che abbia voluto rispettare quella cosa come se non fosse sua (Toullier, *Il diritto civile*, lib. II, tit. II, n.° 154).

13.° Anche riguardo all' avulsione può aver luogo l' eccezione, di cui al n.° 8.

Digitized by Google

CAPUT XXXVI.

DE RIPA.

I. *Ripa est, quae flumen continet naturalem rigorem cursus sui retinens.* — II. *Flumen si inter duos montes discurrat, an a culmine ipsorum montium ripae esse dicantur.* — III. *Ripae mutari quando dicantur.* — IV. *Ripae cujus esse dicantur, si via publica esset in medio inter flumen et agrum vel domum, sicut est Veronae apud pontem Navium, in contracta Caudae longae.* — V. *Statutum Paduanum loquens de cohaerentium praesentatione, an locum habeat, etiam si via in medio existat.* — VI. *In ripa fluminis unus de populo aliquod novum aedificium facere non potest, invito eo, praediis cujus adhaeret: et fecerit, ripae dominus authoritate propria destruere potest.* — VII. *Ripae an cum fundo commensurari debeant.* — VIII. *Fossae si in agris essent inter fundum, cum ipsi fundus venditur, an in mensura veniant.* — IX. *Fossae, quae inter fundum sunt qualiter cum fundo mensurari debeant, an scilicet mensurari debeat superficies, quae a latere foveae existit, an vero cum toto agro sicuti si plana fossae essent.* — X. *Ripa praedii versus flumen si naturaliter se extendat, quid juris.* — XI. *Banna malorum in flumine commissorum, si alicui concessa fuerint, non venient banna in fluminis ripa commissa.* — XII. *Ripae si propter aquarum inundationem elevatae essent, nunquid etiam deprimi possint.* — XIII. *Ripa qualiter munienda vel reficienda sit.* — XIV. *Vadi materia, quo flumen transitur, remissive.*

I. *Ripa est, quae flumen continet, naturalem rigorem cursus sui tenens* (1), *ea putatur esse, quae plenissimum flumen con-*

CAPO XXXVI.

DELLA RIVA.

I. Riva è quella che trattiene il naturale impeto del fiume, regolando il suo corso. — II. Se un fiume scorre fra due monti, si dice forse che le rive cominciano dalla cima degli stessi monti? — III. Quando si dica che le rive si mutano. — IV. A chi si dica spettare le rive nel caso che la strada pubblica fosse in mezzo tra il fiume, il campo o la casa, come accade in Verona presso il ponte delle Navi, nella contrada di Codalunga. — V. Se lo Statuto Padovano, che parla della presentazione de' coerenti, abbia luogo anche allorquando la strada esista nel mezzo. — VI. Nessuno del popolo può alzare alcun nuovo edificio senza il consenso di quello, al di cui fondi è aderente; e se lo avrà fabbricato, il padrone della riva può distruggerlo di propria autorità. — VII. Se le rive si debbano misurare insieme al fondo. — VIII. Se si comprendano nella misurazione le fosse, che si trovassero nel fondo fra i campi, qualora si venda il detto fondo. — IX. In qual modo si debbano misurare insieme al fondo le fosse, che sono tra il fondo stesso; se, cioè, si debba misurare la superficie, che sta dalla parte dei fossati, ovvero se si debba misurare tutto il fondo così, come se le fosse non esistessero. — X. Che di diritto, se la riva del fondo presso il fiume si estenda naturalmente. — XI. Se ad alcuno vengono concesse le ammende dei reati commessi nel fiume, non si comprendono in esse quelle dei reati commessi sulla riva del fiume. — XII. Se si possano abbassare le rive, che fossero state innalzate per l'innondazione delle acque. — XIII. In qual modo la riva si possa fortificare o riparare. — XIV. Della materia del guado, nel quale si passa il fiume.

I. Riva è quella che serra il fiume, contenendo il naturale rigore del suo corso; e si reputa da' testi esser quella, che chiude un

Digitized by Google

primum a plano vergere incipit usque aquam (1).

II. *Sed quid si flumen discurrat inter duos montes? videtur quod a culmine montis sint ripae, ex quo vergit usque ad aquam; gloss.* (2) *tenet contrarium: quia non vergit per attractionem aquae: et sic non omnes pendiciae montium dicuntur ripae, quando naturaliter vergunt usque ad aquam: et ita tenet etiam Bart.* (3); *sed si per attractionem aquae vergeret, quatenus vergeret usque ad aquam, esset ripa: sed si nihil vergit per attractionem aquae, quia saxum est usque ad aquam, tunc ripae erunt usque ad locum, quo plenissimum flumen excurrit* (4).

III. *Quando autem dicantur ripae mutari, dic, si flumen naturaliter crevit, ut perpetuum incrementum nactum sit, vel alio flumine admixto, vel aliqua alia ratione, dicendum est procul dubio ripas mutasse, quemadmodum si alveo mutato alia coeperit currere: sed quando vel pluviis, vel imbribus, vel mari, vel quavis ratione ad tempus excrevit, ripas non mutat; nemo denique dixerit Nilum qui incremento Ægyptum cooperit, ripas suas mutare vel ampliare: nam cum ad perpetuam sui mensuram redierit, ripae alvei ejus muniendae sunt* (5). *Item dubitari convenienter potest, cujus sint ripae fluminum, dic respectu proprietatis sunt illorum, quorum praediis adhaerent* (6), *et ideo arbores ibi natae eorundem sunt* (7).

IV. *Sed quid si via publica esset in medio* (*), *inter flumen et agrum, vel domum, sicut est Veronae apud pontem Navium in contrata Caudae longae? Responde idem, ut ripae sint eorundem* (8).

ove principia a scendere dal piano insino all' acqua.

II. Ma che di diritto se il fiume scorra fra due monti? sembra, che le rive comincino dalla cima del monte, dal quale scendono sino all' acqua. La Glossa dice l' opposto, perchè non scendono per attrazione dell' acqua; e però non tutte le pendici dei monti si chiamano rive, quando naturalmente discendono sino all' acqua, e così pensa anche Bartolo. Ma se la riva inclinasse per attrazione dell' acqua, sarebbe essa tale sino dal sito ove comincia a inclinare. Che se poi non declinasse per attrazione dell'acqua, perchè il sasso giunge sino all' acqua, allora la riva giungerebbe sino a quel sito, ove il fiume arriva di gran piena.

III. Quando poi si dice che le rive sono mutate? Rispondi: se il fiume crebbe naturalmente, e sia avvenuto un perpetuo incremento, o siasi mescolato con altro fiume, o per qualche altra ragione; in questi casi dee dirsi fuori di dubbio, che il fiume ha mutate le rive, in quello stesso modo come se mutato l' alveo avesse cominciato a scorrere altrove. Ma allorquando esso è cresciuto temporaneamente per pioggie o acquazzoni, o per l' unione di un altro fiume, o per qualche altra ragione, in quel caso esso non muta le rive. Insomma nessuno dirà che il Nilo, che col suo crescere copre l' Egitto, muti ed allarghi le sue rive; imperocchè quando esso torna alla sua perpetua misura, le rive del suo letto devono essere fortificate. Del pari si può dubitare a buon diritto a chi appartengano le rive dei fiumi. Rispondi: rispetto alla proprietà, sono di coloro, ai fondi dei quali sono attaccate; e però gli alberi che ivi nascono appartengono agli stessi.

IV. Ma che di diritto, se la pubblica strada fosse nel mezzo (*) fra il fiume ed il campo o la casa, com' è in Verona presso il ponte delle Navi nella contrada di Codalunga? Rispondi: lo stesso, cioè, che le rive sono dei confinanti.

Digitized by Google

de quo dic (1). *Et eadem ratione dicit Bart. in tractat. Tyberiadis, in 3. colum. Idem esset de fossis, quae sunt inter viam et fundum; illae enim fossae sunt quorum praediis adhaerent* (2): *sed videtur quod ista proprietas sit inutilis, cum riparum usus sit publicus, ut statim dicam, sicut dicimus si quis perpetuum usumfruct. in aliqua re habeat, proprietas est inutilis* (3). *Solve, hîc loquitur de certo usu, scilicet ponendi retia et siccandi et applicandi: tamen si ibi sunt arbores fructiferae, proprietas non est inutilis, quia sunt suae: et sic fructus simpliciter erunt sui* (4).

VI. *Et ex praedictis sequitur, quod unus de populo non potest in ripa fluminis aliquod novum aedificium facere invito eo, cujus praediis adhaeret: et si fecerit, potest dominus ripae propria authoritate destruere* (5). *Item ex praedictis etiam sequitur quando venditur fundus, veniunt etiam ripae et fossae seu fossata, etiam si via sit in medio* (6).

VII. *Sed dubium est, an ripae commensurari debeant cum fundo: puta si vendidi fundum* (**), *et affirmavi esse centum iugerum? Et videtur quod sic, quia ripae et fossae sunt venditoris, ut dixi, et cedunt in venditionem* (7), *et ita tenet Ubert. de Bo., Ricar. et Cyn.* (8). *Sed Bart.* (9) *aliter dicit, et pro prima parte affirmativa allegat.* (10). *In contrar. allegat.* (11), *ubi dicitur, quod littora et viae publicae non mensurantur cum re vendita: et postea concludit, quod ripae non debeant commensurari, nisi dictum sit: sicut dicimus, in limitibus fundi, qui cohaerent viis publicis* (12), *et assignat rationem, quia ripae non venduntur, sed magis accedunt rei venditae, quod apparet: quia per se venditi non possunt, cum riparum usus sit publicus de jure gen.* (13). *Nam proprietas sola per se esset inutilis* (14): *per se non censetur, et alteri cedit, et hoc vult dice-*

nel caso che la strada sia nel mezzo. E per la stessa ragione dice Bartolo nel suo trattato della Tiberiade, che avviene il medesimo circa i fossi che sono fra la strada ed il fondo, imperocchè appartengano a quelli, ai fondi dei quali sono attaccati. Ma sembra che questa proprietà sia inutile, perchè l'uso è pubblico, come dirò appresso, e come dissi circa quello che ha un usufrutto perpetuo sopra qualche cosa. Rispondi: qui si parla di un certo uso, per esempio, di por le reti a seccare o di tenderle; tuttavolta se ivi si trovano alberi fruttiferi, la proprietà non è inutile, dacchè sono del confinante e così pure i frutti semplicemente saranno suoi.

VI. Dalle predette cose consegue, che uno del popolo non può fabbricare sulla riva del fiume alcun nuovo edificio, senza il consenso di quello ai di cui fondi è aderente; e se lo avrà fatto, il padrone della riva potrà distruggerlo di propria autorità. Dalle predette cose consegue eziandio, che quando si vende un fondo, restano comprese nella vendita le rive e le fosse o fossati, ancorchè la strada sia nel mezzo.

VII. Ma vi è dubbio, se le rive debbano essere misurate insieme al fondo (**); per esempio, nel caso che io abbia venduto un fondo, ed abbia asserito ch'è di 100 jugeri? Sembra che sì, perchè le rive ed i fossi appartengono al venditore, e cadono nella vendita, come opinano Uberto di Bologna, Riccardo e Cino. Ma Bartolo pensa altramente, e per l'affermativa allega alcuni testi; per la negativa poi ne allega altri, ne' quali è detto, che i lidi e le strade pubbliche non si misurano colla cosa venduta, e poscia conchiude, che le rive non si debbano misurare, se non è pattuito, come dicemmo circa i confini dei fondi che sono presso le strade pubbliche. E ne dà la ragione, cioè, che le rive non si vendono, ma piuttosto accedono alla cosa venduta; il che sembra vero, dacchè non possono esser vendute per loro natura, mentre l'uso delle rive è pubblico per diritto delle genti. Ed invero

(1) *Ut dixi supra, de servit. viae,* 14. *quaest.*
(2) *Per d. l. Martius, et gloss.* § *riparum ad in. vers. adhaerent.*
(3) *L.* 3. § *ne tamen, ff. de usufruct.*
(4) *Ut dicit Cyn. et Bald. secundum Jacob. de Ivret in d. l. riparum, in fin.*
(7) *Ut l. id quod ff. de pericul. et comm. rei vend. et l. fundi, ut princ. D. de action. empt.*
(8) *In addi. in d. l. riparum.*
(9) *In tract. Tyberiadis, in* 3. *colum.*
(10) *L. praed.* § *ita legatum, cum ibi not. ff. de fund. instruct.*

Digitized by Google

re text. (1), *et quod dictum est de ripis, idem dicendum est de fossis, ut illae non debeant mensurari, si sunt extra fundum: quia similiter est earum usus publicus, sicut viarum: quia quilibet potest animalia sua ducere ibi ad bibendum de illo fossato.*

VIII. *Sed si essent fossae in agris inter fundum, tunc quia proprietas earum et usus est ipsius domini fundi, cum fundus venditur, veniunt in mensura, et ita tenet Bald.* (2).

IX. *Sed dubitari potest, qualiter istae fossae, quae sunt inter fundum, mensurentur* (***) *cum fundo, scilicet an mensuretur superficies quae est a latere foveae, et quae est in fundo foveae: an vero mensuretur cum toto agro, sicut si fossae planae essent. Bart. format istam quaest.* (3), *et dic quod ager dicitur ab agendo, secundum Ugo, et sic ab actu, quia per eum possunt boves et alia animalia duci, quod etiam importat nomen actus; si igitur fovea esset ita plana, et ejus latera ita lata, ut laborentur vel laborari possint cum bobus, tunc etiam essent mensuranda; si vero, ut accidit, saepe fovearum sunt ita erectae, ut per eas iri et agi non possit, tunc foveae non mensurantur cum fundo, sicuti si planae essent: et ita observantur. Idem dico de ripis quae in fundo essent, ut si quidem cum bobus coli possunt, earum superficies venit mensuranda: secus si essent ita erectae, ut sic coli non possint: tunc enim mensuraretur solum, quod ripa continet, sicut si in fundo murus esset eadem ratione, et praedicta vera sunt, nisi aliter actum sit expresse vel tacite* (4). *Et tacite dicitur actum, si ad mensuram vendatur aliquod praedium montuosum, saxosum, vel riposum, licet enim hoc proprie ager non dicatur, quia per eum agi non potest, tamen mensuratur: sic enim actum videtur. De concavitate vero sulco-*

la proprietà sola per se sarebbe inutile, essa non viene stimata per se, e cede a' altri; così vogliono dire i testi. Ciò che si dice delle rive, deve dirsi altresì dei fossati, cioè, che non debbano essere misurati se sono fuori del fondo, perchè similmente il loro uso è pubblico, come quello delle strade, avvegnachè chiunque può condurre i propri animali a ber l' acqua di essi.

VIII. Ma se questi fossi fossero posti tra il fondo, allora poichè la loro proprietà ed uso appartengono al padrone del fondo, vendendosi questo, cadono nella sua misura, come opina Baldo.

IX. Se non che si può dubitare, in qual modo questi fossi, che sono entro il fondo, si misurino collo stesso fondo, ovverosia se si misuri la superficie, che è allato del fosso e che è nel fondo dello stesso, o se si misurino (***) i fossi insieme a tutto il fondo, come se fossero pianura. Bartolo formula questa quistione. Rispondi: che *ager* così si chiama da *agendo* secondo Ugolino, e per tal modo da *actu*, avvegnachè per esso possono condursi i buoi ed altri animali, locchè costituisce la condotta. Se adunque il fossato fosse piano ed i suoi lati così larghi che si lavorassero o si potessero lavorare coi buoi, allora eziandio si dovrebbero misurare. Se poi, come spesso accade, le rive dei fossi sieno così diritte, che per esse non si possa passare e condurre, allora i fossi non si misurano insieme al fondo come fossero pianura, e così s' osserva di fatto. Lo stesso dico circa le rive che fossero nel fondo, cioè, che se mai si possono coltivare coi buoi, si debba misurare la loro superficie; diversamente però, qualora fossero così ritte, che non si potessero coltivare, imperocchè in tal caso si misurerebbe il suolo che compone la riva, come se nel fondo vi fosse un muro, e ciò per la ragione medesima. Le predette cose poi sono vere e procedono, purchè altrimenti non sia stabilito. espressamente o tacitamente. E si dice, che fu pattuito tacitamente, qualora

Digitized by Google

benda (1), *quia annalis culturae causa factum dicitur, ut ibi. Foveae vero agri ad perpetuam rei utilitatem fieri dicuntur* (2), *et quia dixi praedium riposum, vel montuosum esse mensurandum, intelligendum si essent ripae fluminum, quae a plano incipiunt vergere usque ad aquam per attractionem aquae: sed si inter duos montes fluit flumen, pendiciae montium non sunt ripae, quoniam naturaliter vergunt ad aquam* (3).

X. *Item dubitari potest extra praedicta, quid si ripa praedii versus flumen naturaliter se extendit: quia forte ibi erat lapicidina crescens, de qua dicitur* (4), *et evidenter videtur apud montem Pisanum in lapicidinis marmoreis, vel forte terrae motu in flumine ubi ripa erecta corruit, et ipsa juncta praedio remanens, fluminis alveum per eum locum cessare fecit. Barthol.* (5), *quid si ripa, dicit, totum locum domino praedii accedere, sicut per alluvionem; omnes enim istae accessiones, quae divina natura operante obveniunt, nullo facto humano interveniente, ejusdem naturae sunt* (6). *Et hoc videtur sentire Azo* (7). *Si enim flumen praedio meo addat, et propter hoc in eo recedat latenter, nihil addendo, nobis accrescit* (8); *istud autem incrementum quando ripa naturaliter excrescente contingit, potest dici alluvio, quia latens incrementum est, quando vero ruina, vel terraemotu accidit, potest dici incrementum alvei recedenti, quia cum repentine fiat, non est alluvio* (9). *Sed contra praedicta posset opponi, appendices sequuntur naturam sui proprii et naturalis subjecti: ergo si flumina sunt publica, ripae fluminum quae sunt appendices, similiter debent esse publicae, et non singularum personarum quarum praediis adhaerent* (10). *Sed dic quod diversa est ratio in ripa quam sit in ipso flumine: nam ripae hominum cultura et cura recipiunt incrementum: flumina in se ipsis*

(1) *L. prima, § de eo opere, ff. de aqua pluvia*

chè, come dicono i testi, ciò si dice fatto a cagione dell'annuale coltivazione. I fossi poi del fondo si dicono esser fatti a perpetuo vantaggio dello stesso; e poichè dissi che si deve misurare il fondo rivoso o montuoso, avverto che ciò ha luogo, qualora vi siano le rive del fiume, che dal piano cominciano ad inclinare sino all'acqua per attrazione della medesima. Ma se il fiume scorre fra due monti, le pendici dei monti non sono rive, perchè naturalmente discendono all'acqua.

X. Oltre le predette cose si può dubitare che sia di diritto, se la riva del fondo si estenda naturalmente verso il fiume, perchè forse ivi trovavasi una cava di pietre, come di fatto si vede presso Monte Pisano nelle cave di marmo, o perchè forse un terremoto fece scoscendere la riva erta del fiume, e restando questa congiunta al fondo, operò una mutazione dell'alveo. Bartolo dice che in tal caso tutto il luogo accede al padrone del fondo, come nell'alluvione; imperocchè tutte queste accessioni, che succedono per volere della provvidenza, senz' intervento di alcun fatto umano, sono della stessa natura; e ciò sembra opinare anche Azzone. Ed invece se il fiume aggiunge al mio fondo, e per ciò si allontana lentamente da esso, coll'aggiungere ci dà un aumento; e questo aumento, che avviene quando la riva cresce naturalmente, si può dire alluvione, perchè è un incremento latente; quando poi avviene per franamento o per terremoto, si può chiamare un aumento dell'alveo che si ritira, avvegnachè non si possa chiamare alluvione, allorchè succede repentinamente. Ma in opposizione alle predette cose si può dire, che le appendici seguono la natura del loro proprio e naturale subbietto. Dunque se i fiumi sono pubblici, le loro rive, che sono appendici, similmente deono esser pubbliche, e non già delle singole persone, alle quali appartengono i fondi contigui. Ma tu rispondi, che per la riva vige una ragione diversa da quella che vale pel fiume; imperocchè le rive, mediante la coltivazione degli uomini e le loro cure, ricevono un incremento, mentre i fiumi scorrono di per

(5) *In tract. de alluvio., 3. col. vers. sed quaero.*

Digitized by Google

fluunt: et riparum incommoda pertinent ad vicinos, si modo ripae latiores fiant: ergo secundum naturam est, ut commoda et incommoda sequantur eosdem (1).

XI. *Item non interest reipubl. quod ripae sint publicae. Et ex his sequitur, quod si concessa sunt mihi banna malorum in flumine commissorum, non venient banna commissa in ripa fluminis* (2); *riparum autem usus publicus est jure gentium, sicut ipsius fluminis* (3): *et propterea naves ad eas ligare, et funes ponere, retia ex flumine deducere, et in ripis siccare cuilibet licet: sicut per ipsum flumen navigare* (4). *Ex hoc sequuntur plures conclusiones. Prima est, quod licet proprietas riparum sit ipsorum quorum praediis adhaerent, tamen non possunt facere de ripis quicquid volunt, sicut alii domini in re sua* (5), *quia usus est publicus, et ideo deteriorare non possunt* (6). *Secunda conclusio, quod si ripa fluminis quae adhaeret praedio tuo, ita est naturaliter ordinata, quod aquam ad me pellit, et possum ad meum molendinum aquam ducere sine aliqua clausura: tu formas dictae ripae vis mutare, ita ut per hoc aqua ad me non veniat: non potes, ex quo usu est communis* (7) *Tertia conclusio, quod licet in ripa proprietas sit ejus, cujus praedio adhaeret, et propterea possit in ripa molendinum construere, aut ligna vel trabes immittere: tamen si propter hoc usus publicus navigantium impediretur, divertendo aquam vel alio modo non posset* (8). *Quarta conclusio est, quod dominus ripae non potest in ea aliquid facere, propter quae impediatur iter pedestre navigationis, quod est juxta aquam quod iter cum funibus trahendo navem, quod restoria dicitur, vel piarda vulgariter, vel itur ad aquam sive naves* (9). *Quinta conclusio, quod habens proprietatem ripae, non potest in ea aliquid constituere, propter quod usus piscationis impediatur: forte si ibi erat solitum piscari vel ficcari retia* (10), *et ita vult Bald.* (11), *qui dicit quod intelligitur esse verum, si ibi publice piscatur, et utile et consuetum*

se stessi, e gli incomodi provenienti delle rive, se mai fossero più larghe, spettano ai vicini, essendo secondo natura, che i danni ed i vantaggi si seguano a vicenda.

XI. Del pari si può rispondere, che non importa alla repubblica che le rive sieno pubbliche. Da ciò segue, che se a me sono concedute le multe dei maleficii che si commettono nel fiume, non si comprendano in esse quelle dei reati commessi sulla riva. L' uso poi delle rive è pubblico per diritto delle genti, come quello dello stesso fiume; e però a ciascuno è permesso legare ad esse le navi, ed attaccarvi le funi, e trar le reti dal fiume ed asciugarle com' è permesso navigare pel fiume. Da ciò procedono parecchie conclusioni. Prima è, che sebbene la proprietà delle rive spetti a coloro che hanno i fondi contigui, tuttavia questi non possono fare di esse tutto ciò che vogliono, come gli altri proprietarii delle cose loro, perchè il loro uso è pubblico, e per conseguenza non possono deteriorarle. Seconda è, che se la riva del fiume, che è aderente al tuo fondo, è così formata di sua natura, che respinge l'acqua verso di me in guisa, ch' io possa condurla al mio mulino senz' uopo di chiuse, e se tu volessi mutare la forma di detta riva così che l' acqua non più giunga a me, non lo puoi, perchè il suo uso è comune. Terza conclusione, che sebbene la proprietà della riva sia di quello al cui predio è aderente, e però egli possa costruire un mulino sopra detta riva, od immettere travi o legni, nondimeno se a cagione di ciò restasse impedito l' uso pubblico dei naviganti col deviar l' acqua od in altro modo, non potrebbe farlo. La quarta conclusione è, che il padrone della riva non può in essa far niente per cui resti impedito il passaggio pedestre di navigazione, che è presso l' acqua, pel quale si va con le corde a tirare la nave, che si chiama *restoria* e volgarmente *piarda*, o pel quale si discende, o si va all'acqua od alle navi La quinta conclusione è, che chi ha la proprietà della riva non può in essa far niente per cui rimanga impedito l'u-

(1) *L. secundum naturam, ff. de regul. jur.*

(2) *L. 1. § in flumin. ff. de flumin. secundum Bald. in rubr. ff. de rer. divis. col. 6. versic. sed dubitatur.*

(3) *L. riparum, ff. de rer. divis. Inst. eod. § riparum.*

(4) *Ut in dictis juribus dicitur, et dixi etiam supra, de littore maris, not. Bald. in l. quominus, in c. quaest. ff. de flum.*

(5) *L. in re mandata, C. mand.*

(6) *Argum. l. penult. et fin. ff. de usufruct. et habita.*

(7) *Ut notat Bart. in l. quominus, in 9. quaest.*

(8) *Ut not. Bald. in rubr. ff. de rer. divis. col. 6. versic. ex his appa.*

(9) *Ut est text. cum gloss. in l. 1. § si pedestri iter, ff. de flum.*

(10) *Argum. eorum quae habentur in d. l. riparum, et d. § riparum, cum seq. cum gloss.*

(11) *In rubr. ff. de rer. divis. 6. col.*

Digitized by Google

est piscari. Non enim si uni singulari prodest, censendum est publicum commodum vel incommodum: et ideo aptitudo litoris est consideranda. Aptitudo enim facit aptum, et ab aptitudine sumit formam denominationis qualitas rerum, aptitudine deficiente forma rei videtur mutata (1). *Sexta conclusio, quod vicini, quorum praediis ripae adhaerent, etiamsi via publica est in medio, non possunt ibi ripas claudere, et ibi hortulos facere, si incommodatur usus publicus dictarum riparum. Septima conclusio, quod vicinus non potest conclusam vel restim in ripa mea infigere vel appogiare* (2). *Octava conclusio, quod ille qui habet in utraque ripa fluminis publici domum, non potest pontem privati juris facere* (3). *Nona conclusio, quod quis non potest ligare navem suam cum catena in ripa alterius, si impedimento est: licet cum fune ligare possit* (4): *quia si habes molendinum, non potes ipsum ligare cum catena quae trahatur per viam public. ita ut impediatur aditus publicus, nisi consuetudo loci servaret contrarium* (5). *Decima conclusio, quod flumen quod est principale, non trahit ad se ripam, nisi quoad usum necessarium fluminis: non autem quoad usum extraneum* (6).

XII. *Sed si ripae sunt elevatae propter inundationem aquarum, an possint etiam deprimi? vide quae dixi supra de servitut. aquaeduct. 4. quaest. principali, in fin. et 8. quaest. princ.* (7). *Quae autem possint fieri vel non fieri in ripis per dominos vel alios: vide plene per Bart.* (8) *et Bald.* (9).

XIII. *Ultimo de materia interdicti de ripa munienda vel reficienda, vide* in l. unica, D. de ripa munienda, et plene per Rofred. in libellis suis in tit. de interdict. *ut liceat ripas publici fluminis reficere vel munire, ubi ponit quot requirantur ad hoc*

so del pescare, se mai ivi di solito si pescava o si asciugavano le reti. Baldo dice, che ciò s' intende esser vero, qualora ivi si pescasse pubblicamente, e fosse utile e consueto il pescare; imperocchè non si può giudicare se vi sia pubblico danno o vantaggio da ciò che il pescare giovi a singolari persone, e però è da considerarsi l' attitudine del lido. Imperocchè l' attitudine dà origine all' idoneo, e dall' attitudine la qualità delle cose piglia forma di denominazione; e mancando l' attitudine, la forma della cosa sembra mutata. La sesta conclusione si è, che i vicini, i fondi dei quali sono prossimi alle rive, ancorchè nel mezzo siavi la strada pubblica, non possono ivi chiuder le sponde e formare in esse orticelli, qualora s' impedisca l'uso pubblico di dette sponde. Settima conclusione, che il vicino non può infiggere, nè appoggiare alla mia riva la sua corda o serraglio. Ottava conclusione, che chi ha casa nell' una o nell'altra sponda del fiume pubblico, non può di suo privato diritto fabbricarvi un ponte. Nona, che nessuno può legare la propria nave alla riva altrui con la catena, se ciò serve d' impedimento, benchè però possa legarla con una fune. Che se hai un molino, non puoi assicurarlo con una catena che si tragga per la pubblica strada, così che il pubblico passaggio rimanga impedito, purchè la consuetudine locale non consentisse l' opposto. Decima, che il fiume, il quale è principale, non trae a se la riva se non rispetto all' uso necessario di esso, non già rispetto all' uso estraneo.

XII. Ma se le rive sono elevate a cagione dell' escrescenza delle acque, si possono anche abbassare? Vedi quanto ho detto nella servitù d'acquidotto, 4.ª ed 8.ª questione principale. Ciò poi che si possa fare o non fare nelle rive dai proprietari o da altri, vedilo in Bartolo e Baldo.

XIII. Finalmente, circa la materia dello interdetto della riva da affortificarsi o da ripararsi, vedi i testi e Rofredo ne' suoi libelli al titolo *dell' interdetto affinchè sia permesso di ristaurare od afforzare le rive del fiume pubblico*, dove addita quante

(1) *Lege quid tamen, § agri, ff. quibus mod. ususfruct. amit.*

(2) *Ut not. Bart. in l. quominus, in 7. et 10. quaest. ff. de flumin. et Bald. in l. item lapilli, l. penult. col. in fin. ff. de rer. divis.*

(3) *L. fin. de flumin. et adde quae dixi supra, de servit. aquaeduct. quaest. 8.*

(4) *Ut per gloss. in § littorum, Instit. de rer. divis. secundum Bald. in d. l. item lapilli, penult. col. in fin. quae nota.*

(5) *Argum. l. an in totum, C. de aedific. privat. cum simil.*

(6) *L. riparum, ff. de rerum divis. et not. Bart. in rubr. eod. tit. 6. col. in fin.*

(7) *Versic. quaero nunc de alia quaest. ordinaria, in versic. circa secundum, in fin.*

(8) *In d. l. quominus.*

(9) *In d. l. item lapilli, penult. col.*

Digitized by Google

ut competat illud interdictum, et libellum et positiones, dic ut ibi per eum: et de materia ripae, vide Bart. (1) *et Bald.* (2).

XIV. *De vado autem, quo flumen transitur, vide per text. gloss. et Dd.* (3).

(1) *In d. l. quominus, et in tr. suo Tyberia.*
(2) *In rubr. D. de rer. divis. in 10. et 11. col. et in d. l. item lapilli, pen. col. in d. l. riparum, et vide text. in l. si finita, § 1. de damn. infect.*

(*) *In medio.* Ripa cedit fundo (1), ubi gloss. dicit verum, etiamsi via est media (2).
(**) *Fundum.* Adde Bart. (3) et Bald. (4).
(***) *Mensurentur.* Adde Bart. (5). Sed qualiter mensuretur vide Bart. (6).

(1) *L. riparum, ff. de rerum divis. Instit. eod. tit. § riparum.*
(2) *Et Bart. in l. quominus, 8. quaest. ff. de flumin.*
(3) *In l. Julian. § si Titius, de action. empt.*
(4) *In l. sicut periculum in fin. C. de action. empt. per gloss. not. in l. qui libertatis, § fin. ff. de eviction.*

cose si richieggano ond' esso competa, e formula il libello e le posizioni. Risponde com' esso fa, e circa la materia della riva consulta Bartolo e Baldo.

XIV. Intorno poi al guado, o sito, ove si passa il fiume, vedi i testi, la Glossa ed i Dottori (*a*).

(3) *In l. fin. § 1. de serv. rust. praed. et l. a prius, § licet, D. de aqua pluv. arcend.*

(*) *In mezzo.* La riva cede al fondo, e la glossa dice il vero, anche se la strada è nel mezzo.
(**) *Fondo.* Aggiungi Bartolo e Baldo.
(***) *Si misurino.* Aggiungi Bartolo, e così per di' circa il modo di misurarle.

(5) *In l. littora, ff. de contrahend. empt. per l. praedia, § ita legatum, et ibi Bart. D. de fun. instruct. et Bald. in l. penult. de impens. in res. dom. fact. per Bald. in rubr. Cod. eod. 4. quaest.*
(6) *In tract. Tyber. 2. 2. charta, vers. sed dubitatur qualiter illae foveae.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XXXVI.

(*a*) 1.° Il diritto che spetta ad ogni proprietario alla conservazione della cosa propria fa nascere in lui il diritto all' impiego dei mezzi necessarii alla conservazione stessa.

Perciò se il fondo è esposto a pericolo di essere devastato dal fiume, il proprietario di quel fondo può fortificarlo contro la violenza delle acque, non però in modo da divergerle.

Ma per viste di ordine pubblico questo diritto trova un confine là dove il pubblico interesse richiede che debba arrestarsi.

Per ciò le opere che vengono intraprese a preservazione del nostro fondo non devono alterare il corso del fiume, recar danno alla navigazione, nè versare la corrente delle acque sul fondo altrui.

2.° Il Digesto ha un titolo apposito sul forticare la propria riva, al lib. 43, tit. 15 *De ripa munienda.*

3.° Il Codice civile austriaco all' art. 413 stabilisce in massima che qualunque possessore di fondo può fortificare la sua riva contro la violenza dell' acqua; che però non gli è lecito di costruire tali opere e piantagioni che alterino il corso ordinario del fiume, o rechino danno alla navigazione, ai mulini, alla pesca o ad altri diritti del terzo e prescrive che abbiansi ad intraprendere colla permissione dell' autorità politica.

Questo § del Codice austriaco è fondato sul diritto che abbiamo di allontanare da noi un disastro e sul dovere di non aggravare col fatto nostro la condizione altrui.

Questa regola, di eterna giustizia, dee sciogliere i dubbii che praticamente presentassero i lavori autorizzati dalla legge.

Avrò diritto di difendere la mia proprietà sino al punto di non alterare il corso ordinario del fiume e di recare nocumento ai diritti altrui. La semplice alterazione dell' usato movimento delle acque può essere causa prossima o remota dell' altrui danno, e però savio è il divieto che fa la legge.

4.° Il trascorrimento delle acque è una servitù emergente dalla situazione de' luoghi, cui non è lecito di porre mano se non per impedire un deviamento nocevole a chi che sia. Ciò risulta dall' art. 640 del Codice Napoleone.

Questo articolo 640 parla di qualunque specie di acqua che cada sulla terra, o che sorga o scorra sulla medesima, purchè non sieno acque di pubblica ragione.

Per una certa analogia potrebbesi avvicinare la disposizione di un Codice a quella

Digitized by Google

dell' altro. *Semper hanc esse servitutem inferiorum praediorum ut natura profluentem aquam excipiant* l. 1, § 22 Dig. *De aqua et aqua pluviae arcenda.*

Questa sentenza di Ulpiano, dice il Pagani, racchiude l' idea primigenia di equità regolatrice d' ogni caso di deflusso. La mano dell' uomo non faccia per nulla divergere la corrente; elevi pure ripari a protezione de' proprii averi, ma non qualora apportino pregiudizio ai diritti del terzo, a qualunque proprietà sì del vicino che del lontano.

Non sembra poi doversi estendere questo rispetto all' altrui proprietà sino al grado che abbia il possessore inferiore di una corrente a pretendere la salvezza delle proprie sponde col danno del possessore superiore; cosicchè l' inferiore non abbia diritto di ostare al turamento ed alle riparazioni che facesse il proprietario superiore nelle proprie rive. Non si lasci inosservato, continua il Pagani, che il § 413 del Codice austriaco statuisce nel suo esordio la facoltà di fortificare la riva; dal che s' inferisce che a tutti indistintamente compete cotale diritto, e che solo quando passa a rammentare la costruzione di opere o piantagioni vieta che debbano dannificare altrui.

5.° Il fortificare potrebbe definirsi colle parole di Ulpiano: *Reficere est quod corruptum et in pristinum statum restaurare. Verbo reficiendi, tegere, substruere, aedificare, item adhaerere ea quae ad eandem rem opus essent, continentur* (l. 1, § 6 Dig. *De rivis*).

Dal modo poi ond' è concepita la finale dell' esposto § 413 del Codice austriaco, cioè: *in generale le opere di tal natura non possono intraprendersi che colla permissione dell' autorità politica*, sembrerebbe al Pagani non richiesta tale permissione allorchè si trattasse di semplici riparazioni nel senso legale *ad pristinam formam et modum reducere, ne dilatet opus, vel producat, aut deprimat, aut exaggeret*, ma solo nel caso che il proprietario di una sponda con piantagioni o con opere cercasse di accrescerla, di estenderla, d' impedirne l' estensione della opposta sponda, o di deviare le alluvioni. Non si possono intraprendere, dice Zeiller, codeste opere che coll' assenso delle autorità politiche, le quali, secondo le circostanze, sentono il giudizio dei periti e rimettono le parti ai giudici competenti.

6.° Le autorità politiche nei casi dubbi rimettono le parti ai tribunali civili quando vi sia interessato il solo bene privato.

Se si tratta di pubblico interesse soltanto, basta la permissione dell' autorità politica affinchè l' opera che si concede possa essere intrapresa ed ultimata.

Se insorgono quistioni coi terzi, o se vi sia dubbio di lesione degli altrui diritti privati, succedono nella materia di cui si tratta le disposizioni dei §§ 310, 341 e 342 del Codice austriaco, del § 68 del Regolamento del processo civile e della Patente 13 ottobre 1825 sul turbato possesso.

L' autorità politica poi, cui la legge rimette le quistioni che possono elevarsi, prende per norma nelle sue deliberazioni i Decreti italici 20 aprile 1804 e 20 maggio 1806 tuttora in vigore.

Digitized by Google

CAPUT XXXVII.

DE AGGERIBUS.

I. *Aggeres valla fluminum esse dicuntur.* — II. *Agro meo inferiori si magna aquarum abundantia fuerit, ex agro superiori proveniens, an aggeres et fovea mihi habere liceat, ut aqua versus aliam partem vadat, et agger meus evacuatur.* — III. *Aggeres in fundo suo si vicinus ex vetustate vel pacto habeat, an dominus superior inferiorem cogere possit, ipsos aggeres munire.* — IV. *Aggerem qui in fundo vicini superioris erat, si aquae vis dejecerit per quod effectum est, ut aqua pluvia alicui noceat, quid juris.* — V. *Flumen publicum si multum excreverit, et praedia mea mundaverit, an aggerem adhibere valeam, vel aliam munitionem facere, ut praedium meum tuear.* — VI. *Aggeribus in meis si ego propter aquarum inundationem coronellas fecerim elevando ipsas, ne aqua excedens aggeres consuetos fundum meum inundaret, an eas etiam pro arbitrio meo propria authoritate impune removere possim.* — VII. *Aggeres rumpentes fluminis Nili, qui in Aegypto est, qua poena puniantur, ubi etiam quid de aggeribus Padi apud Ferrariam.* — VIII. *Aggeres si quispiam non rumpat, sed arbores incidat, quae in aggeribus existunt causa aggerum conservandorum, qua poena puniatur.*

I. *Aggeres sunt* (*) *valla fluminum* (1). *Chomata esse dicuntur aggeres et instrumenta quibus aqua dividitur. Choma enim dicitur divisio: nam dividunt scilicet aggeres seu chomata loca adinvicem* (2).

II. *Si in agro meo inferiori magna sit abundantia aquarum proveniens ex agro superiori, an liceat aggeres et foveas habere, ut aqua versus aliam partem vadat*

CAPO XXXVII.

DEGLI ARGINI.

I. Gli argini si dicono essere i valli dei fiumi. — II. Se nel mio campo inferiore sia derivata una grande abbondanza di acqua dal campo superiore, mi sarà forse permesso di erigere argini e fossi, affinchè l'acqua scorra per altra parte, e resti libero il mio campo? — III. Se il vicino, o per patto o per antichità, tiene argini nel suo fondo, il proprietario superiore potrà forse costringere l'inferiore ad afforzare i detti argini? — IV. Che di diritto, se l'impeto delle acque abbia atterrato l'argine ch'era nel fondo vicino superiore, per il quale atterramento sia avvenuto che l'acqua piovana nuoccia ad alcuno? — V. Se il fiume pubblico sarà molto cresciuto ed avrà innondato i miei fondi, potrò io alzare un argine, o far altro riparo, allo scopo di proteggere il fondo? — VI. Se io avrò postè coronelle nei miei argini a motivo dell'innondazione dell'acqua, e le avrò innalzate affinchè l'acqua, oltrepassando l'altezza consueta, non innondi il mio fondo, potrò poi anche distruggerlo impunemente ad arbitrio e di mia autorità? — VII. Con quale pena si puniscano coloro che rompono gli argini del fiume Nilo, ch'è in Egitto; ove anche si discorre degli argini del fiume Po presso Ferrara. — VIII. Con qual pena si punisca quegli che non rompe già gli argini, ma taglia gli alberi che vi stanno sopra, allo scopo di conservarli.

I. Gli argini (*) sono valli dei fiumi, e si chiamano *chomata* od istrumenti, pei quali si divide l'acqua. Ed invero *chomas* equivale a divisione, imperocchè gli argini o *chomata* dividono i luoghi a vicenda.

II. Se nel mio campo inferiore vi sia grande abbondanza di acqua derivante dal campo superiore, mi sarà forse permesso di alzare argini e cavar fossi, affinchè l'acqua

Digitized by Google

III. *Sed quid si vicinus inferior habet aggeres in fundo suo ex vetustate vel pacto, an dominus superior possit cogere inferiorem aggeres munire? Dic quod non: sed in agro suo potest munire* (1).

IV. *Quid autem si aggerem qui in fundo vicini superioris erat, vis aquae dejecit: per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceat? Varus ait, si naturalis agger fuit, posse me vicinum cogere aquae pluviae arcen. actione, ut eum reponat vel reponi faciat. Idem si manufactus sit, neque memoria ejus extaret* (**) (2). *Utilis tamen actio mihi competit adversus vicinum, si velim aggerem restitui in agro ejus, si mihi prodest, et sibi non nocet* (3): *sed si memoria extat, tenetur aquae pluv. arcen.; et si agger manufactus sit, etiam si memoria non extat, agi potest ut reponatur* (4). *Si aggeres juxta flumen in privato facti sint, in actione aquae pluv. arcen. veniunt, etiam si trans flumen nocent, si memoria eorum extat et fieri non debuerunt* (5).

V. *Sed quid si flumen publicum multum excrevit, propter quod solet mihi dare damnum, et praedia mea inundare, an possim aggerem adhibere, vel aliam munitionem facere, ut praedium meum tuear? Dic quod sic* (6).

VI. *Quaestio est quotidiana, si propter inundationem aquarum ego in aggeribus meis feci coronellas, elevando ipsas ne aqua excedens aggeres consuetos, inundaret fundum meum, quas facere potui* (7), *nunquid eas pro arbitrio meo et propria authoritate possim impune removere? Ego teneo quod sic: si authoritate mea propria factae sunt, nec teneor pati ut reponantur, nisi servitus esset imposita* (8).

VII. *Circa secundum in fine quaero, qua poena puniuntur rumpentes aggeres*

III. Ma che di diritto, se il vicino inferiore tiene argini nel suo fondo per antico uso o per patto? il proprietario superiore potrà forse costringerlo ad afforzarli? Rispondi che no; ma ben potrà fare ripari nel suo campo.

IV. Che poi di diritto, se l' impeto dell' acque distrusse l'argine, ch'era nel fondo del vicino superiore, onde avviene che l'acqua piovana mi arrechi danno? Varo risponde: che se l' argine fu naturale, io posso costringere il vicino a rialzarlo od a farlo rialzare mediante l' azione dell' acqua piovana da ritenere. Parimente se si trattasse di un manufatto, nè restasse memoria dello stesso (**). Nondimeno mi spetterebbe l' azione utile contro il vicino, se volessi rimettere l' argine nel suo campo, qualora ciò a me giovasse, ed a lui non nuocesse; ma se restasse memoria di esso, sarebbe tenuto coll' azione dell' acqua piovana da trattenere; e nel caso che l' argine fosse manufatto, ancorchè non restasse memoria, si potrebbe agire perchè fosse rimesso. Che se gli argini sono costrutti nel fondo privato lungo il fiume, cadono nell' azione dell' acqua piovana da tenersi lontana, ancorchè rechino danno di là del fiume, qualora resti memoria di essi, e non dovessero farsi.

V. Ma che di diritto, se il fiume pubblico crebbe di molto, e perciò suole recarmi danno, ed inondare i miei fondi? Potrò io costruire un argine o far altro riparo, allo scopo di difendere il mio fondo? Rispondi che sì (b).

VI. Questa è quotidiana questione. Se in causa dell' inondazione dell' acque io costrussi alcune coronelle su' miei argini, innalzando le stesse affinchè l' acqua, oltrepassando la solita misura, non inondasse il mio fondo, potrò io distruggerle impunemente di mio arbitrio ed autorità? Io penso che sì, qualora siano state costrutte di mia propria autorità; nè sono obbligato a soffrire che sieno rimesse, tranne il caso che fosse imposta una servitù.

VII. Circa il secondo infine dimando, con quale pena si puniscano quelli che rom-

(1) *L. 1. § fin. et ibi gloss. et Dd. ff. de aqua pluv. arcend. vide quae dixi supra tit. de serv. aquaeduct. 1. quaest. princ. in fin.*

(2) *L. in summa, § item Varus, in princ. ff. de aqua pluv. arcend.*

(3) *Ut d. § item Varus in fin.*

(4) *Ut d. § item Varus, ver. sed si extet.*

(5) *L. quod prin. § fin. ff. de aqua pluv. arcen.*

(6) *Text. est valde not. in l. 1. § sed et si alia, ff. ne quid in flum. publ. et vide Bart. in l. quominus, 9. quaest. ff. de flum. et quae dicam in quaest. sequent.*

(7) *Ut dixi in quaest. praeced.*

(8) *Per text. in l. summa, § idem ait, si in agro tuo, et § apud Nattusam, cum ibi not. ff. de aqua pluvia arcend. et idem tenui supra de serv. aquaeductus 8. quaest. princip., in quae incipit, quaero nunc de alia quaest. quotid.*

Digitized by Google

fluminis Nili qui est in Ægypto? Respondeo, poena ignis, ut flammis concrementur (1); *et ibi Bart. de Saliceto enumerat alios 12. casus, in quibus quis flammarum poenam patitur. Aut sunt aggeres, quos quilibet in suo praedio facit, quando certis temporibus aqua Nili egreditur flumen per praedia, ut aquam in suo praedio contineat, et tunc rumpens illos aggeres punitur poena extraordinaria* (2). *Aut sunt aggeres alterius fluminis, et gloss.* (3), *dicit idem esse de aequitate secundum Ugo, sed Pet. quem sequitur Cyn. et Salicet., ibi dicit hoc non esse verum, quia non est alibi tanta cura aquae, sicut in Ægypto, ubi est Nilus, quia in Ægypto nunquam pluit* (4). *Item quia interpretatione legum poenae sunt molliendae* (5). *Quae aliquam specialitatem notare voluit in aggeribus Nili. Dicit tamen Cyn.* (6) *quod si aggeres Padi apud Ferrariam destruerentur, habebit locum poena ignis praedicta, ex quo ibi est magnum periculum, quia propter modicam aggerum motionem posset novus alveus fieri, et terra tam habitata quam fertilis occupari, quando flumen Padi crescit, cum sit eadem ratio. Et ita sequitur ibi Salicet. et sic voluit Cyn. quod in poenalibus fiat legis extensio per identitatem rationis* (7).

VIII. *Sed quid si quis non rumpit aggeres sed incidit arbores, quae sunt in aggeribus causa aggerum conservandorum? Dic quod poena extraordinaria coerceri debet* (8). *Reliqua circa istam materiam, vide quae dixi supra in tit. de serv. aquaeduct. 8. quaest. prin. quae nunc de alia quaest. prin. quotid.*

(1) *Text. est in l. unica, C. de Nili agger. non rumpen.*

pono gli argini del fiume Nilo, ch'è in Egitto? Rispondi: con la pena del fuoco sì che s'abbrucino tra le fiamme, come vogliono i testi; ed ivi Bartolomeo da Saliceto enumera 12 casi, ne' quali ha luogo la pena del fuoco. — O sono argini, che chiunque innalza nel suo fondo, allorchè in determinati tempi l'acqua del Nilo si spande per la campagna, affinchè la trattengano nel proprio fondo, ed allora chi rompe quegli argini è punito con pena straordinaria. O sono argini di un altro fiume, e la Glossa dice ch'è lo stesso per equità, secondo Ugolino; ma Pietro, il quale è seguito da Cino e da Saliceto, sostiene che ciò non è vero, perchè altrove non si ha tanta cura dell' acqua, come in Egitto nel quale si trova il Nilo, dacchè in Egitto non piove mai. Del pari perchè nell' interpretare le leggi si devono temperare le pene. Così pure perchè vi ha un testo, che nota alcunchè di speciale rispetto agli argini del Nilo. Tuttavolta Cino dice, che se venissero distrutti gli argini del Po presso Ferrara, avrebbe luogo l' antidetta pena del fuoco, per ciò che là vi è un grande pericolo, dacchè per una leggiera lesione degli argini può formarsi un nuovo alveo, e restare inondata la campagna abitata del pari che fertile, allorchè cresce il fiume Po, vigendo un' eguale ragione. E questa opinione è seguita da Saliceto, e per tal guisa Cino vuole che in materia penale la legge si estenda per identità di ragione (c).

VIII. Ma che di diritto, se alcuno non rompe già gli argini, ma toglie gli alberi che sono sugli stessi, per lo scopo della loro conservazione? Rispondi, che si deve gastigare con pena straordinaria. Ciò che resta a dirsi circa tale materia vedilo nel capo dell'acquidotto, 8.ª quest. principale (d).

(5) *L. interpretat. D. de poenis.* Item pro hac facit *dicta rubrica. C. de Nili agger. non rumpen.*

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO XXXVII.

(*a*) Se un' acqua di un campo superiore per pioggia rigonfi in modo che non si possa contenere, vi si faranno ripari, coi quali ne venga la corrente respinta sul fondo superiore, nè precipiti rovinosamente sugl' inferiori; perocchè i costitutivi di questa servitù e dell' azione *aquae pluviae arcendae* sono da una parte che non oppongansi ostacoli pei quali ne avvenga l' allagamento del terreno superiore e dall' altra che non si affretti con danno il corso dell'inferiore. *Haec autem actio locum habet in damno nondum facto, opere tamen jam facto: hoc est, ex quo damnum timeatur, totiensque locum habet, quotiens manu facto opere agro aqua nocitura: id est, cum quis manufecerit quo aliter flueret, quam natura soleret; si forte immittendo eam, aut majorem fecerit, aut citiorem, aut vehementiorem; aut si comprimendo redundare effecit, quod si natura aqua noceret, ea actione non continetur* (l. 1, § 1, Dig. *De aqua et aquae pluviae arcendae*).

La predetta norma sarà osservata allora soltanto che non vi sia rimedio atto a scansare i pregiudizii del fondi superiore ed inferiore; mentre sarebbe una malignità l' impedire la salvezza d' entrambi. Vedi il nostro autore, ove parla della servitù d' acquidotto, Capo IV.

(*b*) Vedi ciò che dicemmo nelle nostre annotazioni al precedente Capo XXXVI.

(*c*) Il Codice penale austriaco ha quanto segue:

1.° È da riguardarsi crimine di pubblica violenza il danneggiamento malizioso ad opere idrauliche che sarà punito col carcere duro da uno a cinque, e secondo il grado della malizia o del pericolo, anche sino a dieci anni. Che se dal danneggiamento è realmente derivato un pregiudizio all' altrui salute, sicurezza corporale od alla proprietà altrui, dovranno i colpevoli essere puniti col duro carcere da dieci a venti anni e, secondo le circostanze specialmente aggravanti, col carcere duro in vita. Qualora finalmente un tale danneggiamento avesse cagionato la morte di un uomo, e ciò si fosse potuto prevedere dal reo, questi debb' essere punito colla morte (§§ 85 e 86).

2.° Dello stesso crimine si fa reo anche chi con qualunque altra azione intrapresa per malizia o colla deliberata ommissione dei doveri che gl' incombono riguardo ad opere idrauliche poteva produrre un pericolo all' altrui vita, salute o sicurezza corporale od all' altrui proprietà. La pena di questo crimine è il duro carcere da uno a cinque anni e, secondo il grado di malizia o del pericolo, anche fino a dieci. Concorrendo però alcuna circostanza aggravante di cui al n.° 1.°, si applicheranno le pene maggiori ivi stabilite (§§ 87 e 88).

3.° Chi per petulanza abbatte o guasta una chiusa, un argine, un riparo, un parapetto, ovvero una costruzione che serve a munire le rive dei fiumi e torrenti, è punito come colpevole di contravvenzione, secondo il grado della spiegata malizia, o a misura del danno cagionato coll' arresto da uno ai tre mesi. La stessa pena viene applicata anche per qualunque danneggiamento delle opere idrauliche (§ 318).

(*d*) Chiuderemo queste annotazioni col riferire alcune disposizioni del Decreto italico 20 aprile 1804 ancora vigente.

I lavori occorrenti intorno ai fiumi, torrenti e laghi, che abbiano per unico oggetto la navigazione sono a carico della nazione (art. 1).

La difesa dei terreni adiacenti ai torrenti, fiumi e loro diversivi (quei canali che deviano) che corrono entro terra disarginati, benchè fossero navigabili, stanno a carico dei frontisti, anche nel caso che si tratti della difesa dell' abitato di un comune, salve le convenzioni e le consuetudini in contrario. Il magistrato obbliga i frontisti ai lavori occorrenti (art. 3).

Se la spesa sia grave in proporzione del fondo fronteggiante, e la corrosione metta in pericolo altri possidenti, il magistrato stesso obbliga questi a sussidiare il frontista in proporzione dell' interesse (art. 4).

Ove non esistano consuetudini o convenzioni in contrario, la spesa dei lavori neces-

Digitized by Google

sarii ai torrenti, fiumi e loro diramazioni scorrenti stabilmente entro argini, viene ripartita tra quei possessori che vi hanno interesse, avuto riguardo al luogo ed alle circostanze (art. 5 e 6).

I terreni dei contribuenti si distribuiranno in circondarii (§ 7), distinguendosi gl' interessati in classi secondo il grado di pericolo, cui sono soggetti (art. 8).

Ogni privato è tenuto a cedere il terreno conveniente per la inalveazione, rettificazione, diversione ed arginatura de' fiumi, canali, scoli pubblici ed in generale per tutte le opere sulle acque che abbiano uno scopo di utilità pubblica, e ciò contro debita compensazione (art. 51).

Vedi inoltre il Decreto 6 maggio 1806 ed il Regolamento 20 maggio 1806.

Digitized by Google

CAPUT XXXVIII.

DE TORRENTE.

I. *Torrens est, qui in hyeme currit, et perennis non est.* — II. *Torrentia cujus existant.* — III. *Instrumenta antiqua si reperiantur, in quibus praediorum possessores a latere emerunt praedium, et pro fine fossatum appositum fuerit, nunquid ad illos pertineat.* — IV. *Torrens flumen si vicinus averterit, ne aqua ad eum perveniat: et hoc modo effectum est, ut vicino noceat, an aquae pluv. arcend. actione contra eum agi possit.*

I *Torrens est qui in hyeme currit: et perennis non est* (1). *Et dicitur torrens a torreo, quod significat siccare, arefacere. Et hoc ideo, quia in aestate siccatur, flumen torrentis nomen accipit. Vulgariter autem apud nos progni, torrentia vocantur, quae in Foro Julii et territorio Trivisino maxima sunt, et non dicitur flumen publicum, sed privatum: quia flumina quae in hyeme currunt, et non in aestate, privata sunt, ut dicit Rofr.* (2) *quem sequitur Barthol.* (3) *qui dicit, quod ex quo sunt privata per alluvionem nemini possint tribuere: si enim cursum mutant, semper solum remanet cujus primo erat, non per alluvionem adjicere opponendo ita, quod praedium extendatur, sed supponendo potest adjicere, sicut si pinguedo agri superioris adjicitur agro inferiori* (4).

II. *Cujus autem sunt ista torrentia? Barthol. dicit* (5) *hanc quaest. esse facti, potest enim probari quod per alicujus*

(1) *L.* 1. § 2. *ff. de flumin.*
(2) *In lib. suis, super interdicto ne quis in flumin. publ.*

CAPO XXXVIII.

DEL TORRENTE.

I. È torrente quello che scorre d' inverno, e non è perenne. — II. A chi spettino i torrenti. — III. Se si trovano antichi strumenti, da' quali ricavasi che gli attuali proprietari comperarono un fondo dallato, e per confine fu posto un fossato, questo spetta forse agli stessi? — IV. Se un vicino avesse deviato un fiume torrentizio affinchè l' acqua non venisse al suo fondo, ed in questo modo il fiume nuocesse al vicino, si potrà forse agire contro di lui coll' azione dell'acqua piovana da allontanarsi?

I. Torrente è quello che corre d' inverno, e non è perenne; e si dice torrente da *torreo*, che vuol dire seccare, inaridire. Per ciò adunque che nella state si secca, il fiume acquista nome di torrente. Volgarmente poi presso noi i torrenti si appellano *progni*. Essi sono grandissimi nel Friuli e nel territorio Trevisano, e non si chiamano fiumi pubblici, ma privati, perchè i fiumi, che corrono d' inverno e non d' estate, sono privati, come dice Roffredo, in ciò seguito da Bartolo; il quale dice che per ciò appunto che sono privati, non possono essere attribuiti ad alcuno per alluvione. Ed invero se essi mutano corso, il suolo rimane sempre di quegli cui prima spettava, dacchè non può essere aggiunto per alluvione coll'attaccarsi in modo che il fondo si estenda, ma in quella guisa come la grassezza del fondo superiore si aggiunge al fondo inferiore.

II. A chi spettano poi questi torrenti? Bartolo dice, che questa è una quistione di fatto; imperocchè, o può provarsi che l'acqua

(3) *In tract. Tyberiadis, in* 8. *col. vers. flum.*
(4) *L.* 1. § *denique, ff. de aqua pluv. arcend.*
(5) *In d. vers. flumen.*

Digitized by Google

praedium aqua discurrit, et fossam fecit, vel inter praedia plurium aqua fluxit, tunc secundum terminos antiquos inter praedia divisa erunt talia fossata. Vel potest probari qualiter antique sunt possessa: sed ut saepe accidit, si nihil sufficiens potest probari, tunc putat illorum qui prope ab utraque parte praedia possident, cujusque usque ad medium (1), *quae tamen intelligit, nisi ea fossata essent in usu publ., quia tunc dicerentur publica* (2), *et expresse probatur* (3).

III. *Sed quid si reperiuntur instrumenta antiqua, in quibus possessores praediorum a latere emerunt praedium, et pro fine appositum fuit fossam, an ad illos pertineat? Videtur quod non: ipsam rem enim emerunt, non ejus fines: et pro hoc facit, quia fundi nihil est, nisi quod intra se continet* (4). *Bartholus in loco praeallegato tenet contrarium, scilicet quod fines appositi, id est fossata, intelliguntur esse eorum qui a latere praedia possident: ut supra dictum est. Nec obstat, quod fines non emuntur, quia fateor: sed tamen est possibile, quod rei venditae accedunt: sicut etiam si poneremus pro fine viam, quae quoad quod fundo accedit* (5). *Nec obstat*, d. l. fundi in prin. *quia regula, quod fundi nihil est, nisi quod intra se continet, patitur exceptionem per aliquas leges, ut in aquaeductu qui est extra praedium* (6), *et in liminibus praediorum, et in fossis* (7).

IV. *Potest dubitari, si vicinus flumen torrens avertit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo effectum est, ut vicino nocet, an agi contra eum aquae pluv. arcendae actione possit? Et dicendum est quod non fecit ut ibi nocet, sed ne sibi noceat* (8). *Nam licitum est in suo aggerem vel aliam munitionem facere, ne flumen sibi damnum det, et praedia sua devastet* (9).

(1) *Argum. ejus quod dicitur de insula et de alveo dimisso, l. adeo, § insula, et § quod si toto,*

corre pel fondo di qualcuno, e vi formò un fossato, o che scorse tra i fondi di più persone. In tal caso questi fossati saranno divisi tra que'fondi, secondo gli antichi confini. Oppure può provarsi in qual modo anticamente i detti fossati sieno stati posseduti; ma, come spesso accade, se niente si può provare di sufficiente, allora si stimano appartenere a coloro, che posseggono fondi lì presso, da ambe le parti, insino alla metà. Ciò si argomenta dai testi e dalla glossa, la quale però sottintende: purchè que' fossati non fossero d' uso pubblico (*a*).

III. Ma che di diritto, se si trovano antichi strumenti, da'quali risulti che i possessori dei fondi allato comperarono un predio, e per confine fu posto un fosso; questo spetterà forse ad essi? Sembra che no, imperocchè acquistarono bensì quel predio, ma non già i suoi confini; al che serve il sapere che non è fondo, se non ciò che sta dentro di esso. Bartolo però tiene l'opposto, cioè che i confini apposti, ossia i fossati, si intendono spettare a coloro che posseggono fondi dallato, come dicemmo più sopra. Ned osta, che i confini non si comperano, il che confesso; ma nulladimeno è possibile che accedano alla cosa venduta, come eziandio se ponessimo qual confine la strada, la quale, rispetto a ciò, accede al fondo. Ned osta la legge *fundi in princ. ff. de act. empt.*, perchè la regola, che non è fondo se non ciò che da esso è contenuto, soffre eccezione per alcune leggi, come nell' acquedotto che è fuori del fondo, e nei confini dei fondi e nei fossi.

IV. Può sorger dubbio nel caso seguente. Se il vicino devìa il fiume torrentizio in modo, che l'acqua non giunga all' altro vicino, e così gli reca danno, potrà questo agire contro di lui con l'azione dell'acqua piovana da contenersi? Si deve rispondere che no, perchè nol fece coll' intenzione di nuocere altrui, ma perchè non mancasse a se stesso. Imperciocchè è permesso metter nel proprio un argine od altro riparo, affinchè il fiume non ci rechi danno, e non devasti i nostri fondi (*b*).

(5) *FF. de acquir. rer. dom. l. Martius.*
(6) *FF. de contrah. empt. l. aquaeduct.*

Digitized by Google

ANNOTAZIONI AL CAPO XXXVIII.

(*a*) Il proprietario di un fondo fiancheggiante il torrente ha per diritto di naturale accessione, il diritto di estendere la sua proprietà fino a che questo suo diritto non si trovi in contrasto con un altro diritto di terza persona, il quale, essendo eguale al suo, nell'incontrarsi per opposizione deve come l'altro rimanere paralizzato. Questo punto è la metà precisa del letto del torrente.

(*b*) Vedi ciò che dicemmo nelle nostre annotazioni ai capi XXXVI e XXXVII.

Digitized by Google

CAPUT XXXIX.

DE VALLIBUS AQUOSIS.

I. *Valles si excreverint, et alienum occupaverint praedium, illus sunt valles, cujus praedium erat: et si decreverint, illius erit praedium, cujus erant valles.* — II. *Vallibus cuilibet piscari licet, vel cannellas, aut herbas incidere, vel pasci si publicae fuerint.* — III. *Vallibus si terra cum herba reperiantur, et cannellae natae, quae de loco ad locum moveantur, tori appellata, an ipsi tori publici aut privati erunt.* — IV. *Opus si quispiam fecerit ut aquam excluderet, ne ad fundum suum veniret, quae ex paludis mundatione in agrum ejus fluere solebat, si ipsa palus aqua pluv. amplietur, eaque repulsa opere facto agro sui vicini noceat, aqua pluv. arcendae actione tollere cogitur.*

I. *Si valles excreverunt, et alienum* (*) *occupaverunt praedium, illius sunt valles, cujus erat praedium: et si decreverunt, illius erit praedium, cujus erant valles* (1), *et ita Bart. exemplificat illum text. in vallibus Ravennae. Sed si valles essent publicae, judicandum esset, sicut de flumine publ. eadem ratione* (2).

II. *Et ex praedictis sequitur, quod in eis licitum sit cuilibet piscari, vel cannellas aut herbas incidere, vel pascularl si*

CAPO XXXIX.

DELLE VALLI D' ACQUA.

I. Se le valli crebbero ed occuparono l' altrui fondo, esse spettano a colui cui apparteneva il fondo, e se s'abbassarono, il fondo sarà di colui cui spettavano le valli. — II. È permesso a chiunque il pescare o tagliar canne od erbe, o pascolare, se il luogo è pubblico. — III. Se si trovano nelle valli certi pezzi di terra con erbe, o canne vote che si muovono da un sito all'altro, chiamate *tori*, questi saranno pubblici o privati? — IV. Se taluno fece un lavoro onde espellere l' acqua, che per innondazione del padule soleva fluire al suo fondo, inguisachè più non giunga allo stesso, e se la palude si allarghi per acqua piovana, e questa respinta dal lavoro fatto rechi danno al vicino, egli è forzato a distruggere l'opera coll'azione dell' acqua piovana da tenersi lontano.

I. Se le valli s' ampliarono (*) ed occuparono l' altrui fondo, esse spettano a quello cui apparteneva il detto fondo; e se si abbassarono, il fondo spetterà a colui, al quale appartenevano le valli. Così Bartolo il quale reca ad esempio le valli di Ravenna. Ma se le valli fossero pubbliche, si dovrebbe decidere come circa il fiume, per la medesima ragione (*a*).

II. Segue dalle predette cose, che a ciascuno è lecito pescare in esse, o tagliar canne od erbe, o pascolare, qualora sieno pub-

Digitized by Google

dem juris, cujus est aqua; si aqua vallium erit privata, isti tori similiter erunt privati: si publica, publici (1).

IV. *De paludibus etiam aliquid dicamus. Si opus quis fecerit, ut aquam excluderet, ne ad fundum suum veniret, quae ex inundatione paludis in agrum ejus fluere solet, si ea palus aqua pluv. ampliatur, eaque aqua repulsa, eo opere, agro sui vicini noceant, aqua pluv. arcend. actione opus cogitur tollere* (2). *Neratius scribit* (3), *agri vel loci usufruct. legato, si fuerit inundatus, ut stagnum jam sit aut palus, procul dubio extinguitur* (4). *Caetera circa istam materiam vide in tot. tit.* C. de alluv. et palud.

(1) De quo dic, *ut dixi supra de insulis*, 5. *quaest. in fin.* et de istis tori *vide etiam quae dicam infr. de piscaria, in fin.* de aliis autem vallibus non aquosis, *vide supra tit. de vallibus et planeriis.*

(*) *Si vallea.* Adde Bart. *in tract. Tyberiadis lib.* 3. *char.* 3. *vers. vallis vero dicitur.*

quale è l' acqua; quindi se l' acqua delle valli è privata, essi *tori* saranno privati, se pubblica pubblici.

IV. Diciamo altresì qualche cosa circa le paludi. Se taluno fece un lavoro, onde espellere l' acqua in guisa che non vada al suo fondo, la quale acqua per innondazione del padule soleva fluire allo stesso, e quest' acqua respinta a cagione della nuov'opera danneggi il campo del tuo vicino, egli sarà costretto a tor via quell' opera in forza dell' azione dell' acqua piovana da allontanarsi. Nerazio scrive che se fu legato l'usufrutto d' un podere o d' altro luogo, e questo sia innondato in guisa che diventi stagno o palude, l' usufrutto senza dubbio si estingue. Ciò che rimane a dirsi circa tale materia vedilo in tutto il titolo Cod. *de alluv. et palud.* (*b*).

(2) *Ut est text. in l.* 1. § 2. *qui incipit.*
(3) *FF. de aqua pluv. arcend.*
(4) *L. quid tamen*, § 1. *ff. quibus mod. ususfr. cum concord.*

(*) *Se le valli.* Aggiungi Bartolo nel trattato della Tiberiade, *lib.* 3, *cart.* 3, *vers.* Vallis vero dicitur.

ANNOTAZIONI AL CAPO XXXIX.

(*a*) Questo principio è fondato allo stesso motivo cui si appoggia l' art. 562 del Codice Napoleone ed al § 408 del Codice austriaco.

(*b*) Vedi le nostre annotazioni ai Capi XXXVI e XXXVII.

Digitized by Google

CAPUT XL.

DE FONTE.

I. *Fonte aquae si quispiam usus fuerit, nec vi, nec clam, nec precario, quo minus utatur, vim fieri praetor prohibet.* — II. *Servitus aquae hauriendae ex fonte constitui potest.* — III. *Fontis caput ipse fons dicitur.* — IV. *Fons si exaruerit ex quo aquaeductum habeo isque post constitutum tempus ad admittendam servitutem ad suam venam redierit, an aquaeductum amiserim.*

I. *Si quis fonte aquae eo anno usus fuerit, nec vi, nec clam, nec precario, quominus utar, vim fieri praetor prohibet*, L. 1. in princ. ff. de fon. *et in tota illa declarantur haec verba. Item potest aquam purgare, reficere, et coercere, ut utatur eo modo quo eo anno usus est* (1); *et coercere dicitur aquam continere sic, ne fluat vel dilabatur* (2).

II. *Servitus aquae hauriendae ex fonte constitui potest* (3), *et olim constitui non poterat servitus aquae ducendae vel hauriendae nisi ex capite vel fonte. Hodie vero ex quocunque loco constitui potest* (4).

III. *Caput autem fontis dicitur ipse fons* (5). *Licet fons oriatur in agro tuo:*

CAPO XL.

DELLA FONTANA.

I. Se taluno fece uso della fontana d' acqua nè per forza, nè clandestinamente, nè precariamente, il pretore proibisce che sia impedito di usarne. — II. Si può costruire la servitù di attingere acqua dal fonte. — III. Capo del fonte si dice lo stesso fonte. — IV. Se la fontana si essicò per ciò ch' io ho un acquedotto e questo dopo il tempo necessario a perdere la servitù, sia tornato alla sua vena, avrò io perduto l' acquidotto?

I. Se taluno avrà fatto uso d' una fontana per un anno non per forza, nè di nascosto, nè precariamente, il pretore deve proibire che sia in alcun modo impedito dall' usarne. Vedi la legge I *ff. de fonte*, nella quale queste parole sono spiegate. Parimente può purgar l' acqua, e ristaurare il sito, e costringere la stessa così che ne usi in quel modo nel quale ne ha usato nell' anno decorso; e si dice *coercere aquam*, il contenerla in guisa che non iscorra altrove, nè si disperda.

II. Può essere costituita la servitù di attinger acqua dalla fontana. Un tempo però non poteva costituirsi la servitù di condur acqua o di attingerla se non dal sua capo ossia dalla fonte. Oggidì invece può costituirsi in qualunque sito.

III. Si dice poi capo dell' acqua la stessa fontana. E sebbene il fonte nasca nel tuo

Digitized by Google

quo jure duco: et ita titulum allegare non cogor, et si impediar a te vel ab alio aquam de dicto fonte ducere ad fundum meum, possum agere utili actione, exemplo aliarum servitutum (1). *Si fundo Sejano confinis fuerit fons, ex quo fonte per fundum Sejanum aquam jure ducebam, meo facto fundo Sejano manet servitus* (2).

IV. *Si fons exaruerit* (*), *ex quo aquaeductum habeo, isque post constitutum tempus ad admittendam servitutem, ad suam venam redierit, an aquaeductum amiserim? dic quod sic, sed restituitur* (3). *Habens fontem in superiori fundo, neque ventrem, neque pannos lavabit in rivulo descendenti, si propter hoc aqua deturbaretur omnino* (4), et vide quae plene dixi supra in tit. de serv. aquaeduct. in XI. quaest. principali, *ubi etiam posui de aqua quotid. et aesti. et de aqua quae ex castello ducitur, et de aqua pluv. arcend. et de cloacis* (5).

(1) *Ut est text. not. et ibi gloss. et Doct. in l. si quis diuturno, ff. si serv. vend.*

(2) *L. si mihi, § si fundo, ff. de serv. rustic. praedior.*

(3) *Ut est text. in l. unus ex socis, § fin. cum l. seq. quae incipit Attilicinus, ff. de serv. rustic. praed. et vide quae dixi supra de aloeo vers. sed pone quod impetus fluminis, et vers. sed dubitari.*

(4) *L. apud Trebatium, in prin. et ibi Angel.*

(*) *Si fons.* Fons si desiccatur, currit praescriptio aquae (1). Sed si aqua revertitur in fontem de aequitate convalescit servitus (2), ex quo sequitur sequens illatio (3) ubi praescribitur servituti: etiam si justum fuit impedimentum non utendi: sed datur restitutio ex clausula generali.

(1) *D. Bald. in l. 1. 22. oppos. C. qui admit. per l. Attilicinus, de servit. rust. praed.*

(2) *Gloss. et Bart. in l. foramen, circa med. in vers.*

cessario che dimostri con qual diritto la conduca; e perciò non sono costretto a produrre il titolo, e se sono impedito da te o da altri di condur l' acqua dal detto fonte al fondo mio, posso agire sull' azione utile, ad esempio delle altre servitù. Se presso al fondo Sejano è una fontana, dalla quale io conduceva l' acqua per lo stesso fondo Sejano, in forza del mio fatto la servitù rimane al fondo Sejano.

IV. Se la fontana si sarà essiccata (*) per ciò ch' io ho un acquidotto, e questo dopo il tempo necessario a perdere la servitù sarà tornato alla sua vena, avrò io perduto l' acquidotto? Rispondi che sì, ma che si rinnova. Chi ha una fontana nel fondo superiore, non laverà nè il suo corpo, nè i panni nel rivolo che discende, qualora per ciò tutta l' acqua s' insozzasse. Vedi i Dottori e ciò che ho detto nel capo dell' acquidotto, dove anche parlai dell' acqua quotidiana ed estiva, di quella che si conduce dal castello, di quella da tenersi lontana e delle cloache (*a*).

et Doct. ff. de aqua pluv. arcend. et idem not. Bart. in l. cum supra, C. de re mil. XII. *et est text. in l. solicitatores, in fin. ff. de extraord. crimin.* de ista materia fontis habetur per Specul. *in tit. de causa possess. et prop. § privat. et per Rofr. in libellis suis tit. de interdict. de fonte.*

(5) *Et vide quae plene dixi supra in titul. de serv. aquae haustus, 7. quaest. prin. usque ad finem lius titul.*

(*) *Se la fonte.* Se la fonte si secca, corre la prescrizione dell' acqua. Ma se l' acqua ritorna alla fonte, per equità la servitù si rinnova. Donde segue l' illazione, che la servitù si prescrive ancorchè giusto sia stato l' impedimento del non usare; ma è data la rinnovazione in forza della clausola generale.

(3) *Ff. de serv. urb. praed. et l. unus, § si fons, de serv. rustic. praedior.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XL.

(*a*) 1.° Quegli che ha una fontana o una sorgente nel proprio fondo, dice il Codice Napoleone, può usarne ad arbitrio, salvo il diritto che avesse potuto acquistare il proprietario del fondo inferiore per qualunque titolo ed in forza della prescrizione (art. 641). A ciò concordano le leggi 1, § 12 e l. 21 e 26 Dig. (*De aqua et aquae pluviae arcendae*).

Ed in vero al padrone di un fondo spetta qualunque produzione di esso, e nulla all' inferiore se non in forza di un titolo.

2.° Noi possiamo scavare un pozzo sul nostro fondo quantunque si vengano a recidere le vene al pozzo del vicino, poichè il nostro diritto di proprietà non è solo limitato alla superficie del suolo od alla colonna d' aria soprastante al medesimo, ma egli si estende ancora al di sotto e a tutto quello che si può rinvenire scavando (Codice austriaco, §§ 1125 e 1147).

Se dunque quest' area è nostra, noi possiamo ancora servircene, nè il vicino può la-

Digitized by Google

gnarsi di essere stato spogliato di un diritto, poichè l' usare delle cose proprie è un diritto insito nella naturale libertà, nè mai con ciò si viene ad arrogarsi una servitù, sebbene un tal uso pregiudichi alcuno (Schuster, *Del diritto di erigar fabbriche*, n.° 49).

Potremmo noi per altro scavare un pozzo estendendoci sino al punto più esteriore della nostra area?

Nulla prescrivendo la legge in proposito, sembra competere tale diritto; ma siccome potrebbe avvenire che non ostante la cura più diligente si lasciasse cadere sul fondo del vicino terra, sassi od altro, e ch' egli molto più verrebbe turbato nel suo possesso se si pretermettesse questa massima diligenza; così è giusto che il vicino possa pretendere che noi osserviamo tanta distanza quanta è richiesta, a giudizio dei periti, per essere preservato contro un tale pericolo. Così lo stesso Schuster (n.° 50).

3.° La prescrizione, nel caso di fontana o sorgente, dice il Codice Napoleone, non può acquistarsi che col possesso continuo d' anni 30 da computarsi dal momento in cui il proprietario del fondo inferiore ha fatto e terminato lavori visibili e destinati a facilitare il declivio e il corso delle acque nel proprio fondo (art. 642). A ciò consuona la legge 10 Dig. *Si servitus vindicetur* e la l. 4 Cod. *De servitutibus et aqua*.

Per ciò non ha luogo la presunzione che il proprietario della fonte abbia dato il suo consenso al deviamento delle acque se non nel caso di un fatto che manifesti tracce visibili di detta deviazione.

4.° Quando non si vanti un titolo o non sia compita la prescrizione dei trent' anni, il padrone del fondo può a suo talento storcerlo ed anche distruggerlo senza riguardo alle diramazioni sopra i vicini terreni (l. 21 Dig. *De aqua et aquae pluviae arcendae*).

Ma si deve supporre che il proprietario della fonte o della sorgente non l'abbia deviata o disseccata colla colpevole mira di danneggiare il vicino (l. 1, § 12 Dig. *eod. tit.*).

E non consente l' equità che si apporti altrui nocumento senza trarre profitto per sè. *Neque malitiis indulgendum est* (l. 38 Dig. *De rei vindicatione*).

5.° Il proprietario della fonte o della sorgente, dice il Codice Napoleone, non può deviarne il corso quando la medesima somministra agli abitanti di un comune, villaggio, o borgata, l'acqua ch'è loro necessaria; ma se gli abitanti non ne hanno acquistato o prescritto l'uso, il proprietario può pretendere una indennizzazione determinata dai periti (art. 643).

Questo divieto è appoggiato alla massima che la ragione di un privato deve, ogniqualvolta occorra, sagrificarsi al pubblico vantaggio.

6.° Un' opera artificiale ad uso di acquidotto fa presumere la servitù, purchè l' opera non sia permessa per semplice favore.

7.° Anche in caso di una fonte o sorgente deve aver la sua applicazione l' articolo 645 del Codice Napoleone, il quale vuole che si concilino gl' interessi dell' agricoltura col rispetto dovuto alla proprietà, dal che risulterebbe potersi ottenere il beneficio dello scorrimento di un' acqua nascente sopra fondi inferiori quando non sia necessaria tutta intera al luogo da cui scaturisce.

8.° Per sorgente naturale s' intende l' acqua che zampilla o scola senza la cooperazione dell' industria dell' uomo. Artificiale è quella che proviene da uno scavamento.

La legge, non facendo distinzione, sembra abbracciare ambedue queste sorta di scaturigini.

9.° Il Regolamento italico 29 maggio 1806 statuisce che ciascuno possa scavare sorgenti nel proprio fondo e condurle pel medesimo scavo salvo il disposto dell' articolo 55 della legge italica 20 aprile 1804, il quale vieta di aprire sorgenti o teste di fonti, condotti o cavi, come pure l' approfondare od ampliare le escavazioni in vicinanza ai fiumi o ai canali entro una distanza tale da lasciare il pericolo di nocumento ai fiumi o canali medesimi (art. 12).

La legge 20 aprile 1804 lascia intatte tutte le disposizioni di diritto, di convenzione e di possesso competenti al terzo in via civile (art. 55).

Digitized by Google

CAPUT XLI.

DE RIVIS.

I. *Rivus est locus per longitudinem depressus, quo aqua decurrit.* — II. *Rivos mantenere et etiam expurgare, an quis teneatur.*

I. *De rivis est etiam aliquid dicendum. Rivus est locus per longitudinem depressus, quo aqua decurrit* (1)*; flumen a rivo magnitudine discernendum est aut aestimatione circumcolentium* (2)*, et hoc nomine rivi aqua fluens continetur* (3)*. Servitus naturaliter, non manufacto opere, laedere potest fundum servientem, quemadmodum si imbribus crescat aqua in rivo, aut ex agris in eum fluat, aut aquae fons juxta rivum, aut in eo ipso postea inventus fuerit* (4)*. Si per fundum jus est mihi aquam de rivo ducere, haec jura tacite sequentur, ut reficere mihi rivum liceat, et adire quam proxime possim ad reficiendum eum cum fabris meis. Item ut spatium relinquat mihi dominus fundi, quo dextra et sinistra ad rivum eam, et quo terram, lignum, lapidem, arenam, calcem, jacere possim* (5)*: et facultas refectionis causa accedendi ad ea loca quae non serviant, tributa est his, quibus servitus debetur, qua tamen accedere eis sit*

CAPO XLI.

DEI RIVI.

I. Il rivo è un luogo abbassato per lunghezza, nel quale scorre l' acqua. — II. Se alcuno sia obbligato a mantenere i rivi e ad espurgarsi.

I. Deve dirsi qualche cosa anche dei rivi. Il rivo è un luogo basso per lunghezza nel quale scorre l' acqua. Il fiume si deve distinguere dal rivo per la grandezza, o per l' opinione dei circostanti abitatori. Ed in questo nome di rivo è compresa l' acqua corrente. La servitù può ledere il fondo serviente in modo naturale, non con lavoro manufatto, in quel modo come se l' acqua cresca nel rivo in causa delle pioggie, o cali in esso dai campi, o sia trovata una fonte presso il rivo o nello stesso rivo dappoi. Se io ho diritto di condur acqua dal rivo, ne seguono tacitamente questi diritti, che mi sia lecito ripararlo ed avere accesso ad esso prossimamente co' miei operai per tale scopo. Così pure che il padrone del fondo mi lasci uno spazio pel quale io vada al rivo sì da destra che da sinistra, e nel quale io possa mettere terra, legni, pietre, sabbia e calce. Ed a quelli, ai quali è dovuta la servitù, è attribuita la facoltà di accedere a que' siti che non servono in causa del ri-

Digitized by Google

pra eum (si forte sub terra aqua ducatur) locum religiosum dominus soli facere potest nec servitus intereat, sed et depressurum et elevaturum rivum, per quem aquam jure potestatem habes: nisi ne id faceres cautum sit (1).

II. *Quis autem teneatur manutenere rivos, et etiam expurgare, vide quae plene dixi supra de serv. aquaeductus* (2). *Reliqua quae ad materiam rivi spectant, vide* (3) *in 11. quaest. princ. versic. quartum est interdictum de rivis, ubi posui quot sunt necessaria, ut istud interdictum competat, et libellum, et positiones actoris et rei.*

(1) *In d. l. refectionis, 2. et 3. resp.*
(2) *Vers. superest alia quaestio. quis teneatur.*

lo stesso rivo, nè sopra lo stesso (se a caso l'acqua sia condotta sotterra) il padrone del suolo può formare un luogo religioso, ma tu ben hai potestà di innalzare e deprimere il rivo pel quale vuoi condur l'acqua, purchè non sia pattuito che tu nol possa fare.

II. Chi poi sia tenuto a mantenere i rivi ed a purgarli, vedilo nel capo dell' acquidotto. Ciò che resta a dirsi sulla materia dei rivi vedilo nei testi e nel capo anzidetto nella 11 quest. princ., ove esposi quante cose sieno necessarie affinchè competa questo interdetto, e il libello e le posizioni dell' attore e del reo (*a*).

(3) *In toto tit. ff. de rivis, et aqua plene dix in tit. de serv. aquaeduct.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XLI.

(*a*) Vedi le nostre annotazioni al capo che tratta *Dell' acquidotto*.

Digitized by Google

CAPUT XLII.

DE PISCATIONE.

I. *Piscari cuilibet in mari licitum est, quod natura omnibus patet.* — II. *Piscari quilibet in littore potest, etiam ante aedes meas et ostium, et si ipsum piscari prohibeam, actione injuriarum teneor.* — III. *In fluminibus et portu jus piscandi omnibus commune est.* — IV. *Piscatum aliquem fuisse per 20. vel 30. annos, an sufficiat, ad hoc ut superveniente prohiberi possit piscari.* — V. *Jus aquae ducendae ad piscariam meam vel cisternam si mihi concedatur: an servitus realis sit.* — VI. *Piscium usumfructum qui in vivariis existunt, si quispiam habeat, illos occidere potest, et alios substituere propter eorum difficilem discretionem.* — VII. *Fundus si vendatur, in quo pisces in piscinis existunt, illi pisces non sunt aedium, neque fundi, non magis quam pulli aut caetera animalia, quae in fundo sunt.* — VIII. *Valles aut paludes si quispiam conduxerit, ut ibi piscari posses, et in eis reperiatur certa pars terrae ab alveo elevata, quae tori appellantur, piscesque omnes in hyeme sub eis se reducant, ut in vallibus Paduae contingit, an licitum conductori sit, dictos toros aperire, et omnes pisces accipere.*

I. *Piscari cuilibet licitum est in mari, quod natura omnibus patet* (1), *similiter licet in littore maris* (2), *quia littora communia sunt omnibus sicut aer* (3).

II. *Et potest piscari in littore ante etiam aedes meas, et ostium: et si ipsum piscari prohibeam, teneor actione injuriarum* (4), *nisi conventum esset, ut in loco*

CAPO XLII.

DELLA PESCA.

I. A chiunque è permesso pescare nel mare, il quale è per natura aperto a tutti. — II. Chiunque può pescare sul lido, anche dinanzi le mie case e la porta, e se gli proibisco di pescare, sono tenuto coll'azione d'ingiuria. — III. Nei fiumi e nei porti il diritto di pescare è comune a tutti. — IV. Se basti aver pescato per 20 o 30 anni per proibire ad un sopraveniente che possa pescare. — V. Se quando mi viene concessa la servitù di condur acqua alla mia peschiera o cisterna, questa sia una servitù reale. — VI. Se taluno ha l'usufrutto dei pesci che stanno nei vivai, egli può ucciderli e sostituirne altri a cagione della loro difficile separazione. — VII. Se viene venduto un fondo nel quale sieno peschiere con pesci, questi non appartengono alle case od al fondo come non gli appartengono i polli od altri animali che in esso esistono. — VIII. Se alcuno prese in conduzione valli o paludi allo scopo di poter pescare ed in essi si trovino certi pezzi di terra elevata dall'alveo, chiamati *tori*, e tutti i pesci nell'inverno si ritirino sotto di essi, come avviene nelle valli padovane, è forse lecito al conduttore di aprire quei *tori* e prendere tutti i pesci sottostanti?

I. È permesso a chiunque pescare nel mare che per natura è aperto a tutti, e similmente è permessa la pesca sul lido del mare, perchè i lidi sono a tutti comuni, come l'aria.

II. E si può pescare nel mare anche dinnanzi alle mie case od alla mia porta, e se proibisco di pescar ivi, sono tenuto coll'azione d'ingiurie, purchè non sia pattuito

Digitized by Google

dubio ejus, in cujus potestatem perveniunt, fit acquisitio, sicut de feris captis etiam dicitur (1). *In mari piscantibus, licitum est casam in littore ponere, in qua se recipiant* (2).

III. *In fluminibus et portu jus piscandi est commune omnibus* (3): *quod fallit in pluribus. Primo, quando flumen est privatum, aliter non* (4). *Secundo, quando jus piscandi est privatum: puta quia est venditum per principem sicut in lacu Gardae contingit, in quo sunt aliquae piscariae privatae, quae fuerunt venditae per dominos Veronae* (5). *Tertio fallit, quando esset facta conventio cum vicino, ut in domo sua piscari non possit: ut d. l. venditor, in princ. ff. commu. praed., quae l. habet locum etiam in fluminibus publicis* (6). *Quarto fallit, quando princeps vel civitas prohiberet, ne quis in flumine piscari possit: ut est in lacu Perusino* (7). *Quinto fallit, quando esset consuetudo, ut piscaretur solum pro usu publ. et non pro privato, vel pro privato, sed certo tempore tantum, quia consuetudo vicem legis sustinet* (8). *Sexto fallit, quando cujus praescripsisset jus piscandi, quia tunc alius in eo loco piscari non posset: et ista praescriptio procederet sine dubio, si fuisset in possessione piscandi per tantum tempus, cujus initii memoria non existat: quia per tantum tempus praescribuntur loca publica* (9).

IV. *Sed nunquid sufficiat, quem piscatum fuisse per 20. vel 30. ann. ad hoc ut supervenientem prohibere possit piscari? vide gloss.* (10) *et quae dixi supra de serv. aquaeduct.* (11). *Si ager cujus ususfructus tuus sit, flumine vel mari inundatus sit, ususfructus amittitur, cum etiam proprietas eo casu amittatur: nec piscandi retinere quidem poterimus usumfructum* (12). *Dicit not. Bald.* (13) *quod si starem mille annis super fluctibus maris, nihil perpetuae proprietatis acquirerem.*

V. *Quid autem si conceditur mihi jus*

(1) *L. quod in littore, ff. de acq. rer. dom.*
(2) *D. l. riparum.*
(3) *In § flumina, Inst. de rer. div.*
(4) *L. injuriarum actio, § fin. in fin. ff. de injur.*
(5) *Arg. d. § fin. cum l. seq. quae incipit. sane*

nel mare, questi senza dubbio appartengono a lui, come a quello in cui potere sono venuti, nello stesso modo come si dice delle fiere prese in caccia. A'pescatori marini poi è lecito costruire una casa nel lido, onde in essa ricoverarsi.

III. Nei fiumi e nei porti il diritto di pescare è comune a tutti. Ciò però soffre eccezione in più casi, cioè: Primo, quando il fiume è privato, altrimenti no. Secondo, quando il diritto di pescare è privato, per esempio, perchè fu venduto dal principe, come avviene nel lago di Garda, nel quale vi sono parecchie peschiere private, che furono già alienate da' signori di Verona. Terzo, quando fosse stato pattuito col vicino, che non possa pescare nella altrui casa, in forza della legge *venditor ff. commu. praed.*, la quale ha luogo eziandio nei fiumi pubblici. Quarto, quando il principe o la città proibisse a chiunque di pescare nel fiume, come avviene rispetto al lago di Perugia. Quinto, quando vigesse la consuetudine di pescare soltanto pel pubblico uso e non pel privato, oppure pel privato, ma per certo tempo soltanto, perchè la consuetudine tien luogo di legge. Sesto, quando alcuno avesse prescritto il gius di pescare, perchè allora nessun altro potrebbe pescare in quel sito, e questa prescrizione procederebbe senza dubbio, qualora ei fosse in possesso del pescare per tanto tempo, di cui non rimanesse memoria, dacchè in tanto tempo si prescrivono i luoghi pubblici.

IV. Ma basta forse aver pescato per 20 o 30 anni, affinchè al sopraveniente possa esser proibito di pescare? Vedi la Glossa e ciò che dissi dell' acquidotto. Se il campo, del quale tu hai l' usufrutto, è innondato dal fiume o dal mare, tu ne perdi l'usufrutto, mentre in questo caso si perde anche la proprietà; nè si potrebbe conservare l' usufrutto della pesca, come dicono i testi. E Baldo dice in proposito, che se io stessi mille anni sopra i flutti del mare, non perciò acquisterei alcuna parte di perpetua proprietà su di esso.

V. Che poi di diritto, se mi è concesso

(9) *L. hoc jure, § ductus aquae, ff. de aqua quot. et aest. et not. Bald. in l. item lapilli, in 2. quaest. ff. de rer. divis.*
(10) *Ord. in § flum. in vers. omnibus, Inst. de rer. divis.*

Digitized by Google

aquae ducendae ad piscariam meam vel cisternam, an sit servitus realis? Dicas quod sic: quia debetur a fundo meo (1).

il diritto di condur acqua alla mia peschiera o cisterna; questa è forse una servitù reale? Rispondi che sì, perchè è dovuta dal mio fondo.

VI. *Si quis habet usumfructum piscium, qui sunt in vivariis, potest pisces occidere, et alios substituere, propter difficilem eorum discretionem* (2).

VI. Se alcuno ha l' usufrutto dei pesci che sono nei vivaj può uccidere quelli, e sostituirne altri, per la loro difficile separazione.

VII. *Si venditur fundus, in quo sunt pisces in piscinis, illi pisces non sunt aedium, neque fundi, non magis, quam pulli aut caetera animalia, quae in fundo sunt* (3).

VII. Se è venduto un fondo, nel quale si trovino peschiere con pesci, questi non appartengono alle case nè al fondo, come non appartengono al fondo i polli ed altri animali che in esse stanno.

VIII. *Si quis conduxit valles aut paludes, ut ibi possit piscari, et in eis reperiatur certa pars terrae elevata ab alveo, quae tori vulgariter appellantur, et pisces omnes in hyeme se reducunt sub eis, ut in vallibus Paduae contingit, an sit licitum conductori aperire dictos toros, et omnes pisces accipere? Et dicas quod non, quia isto modo jus piscandi destrueretur, nisi alios reponeret* (4), *et hoc videtur aperte probari* (5). *Propterea hoc etiam probatur, qui conductor tenetur ante omnia secundum legem, id est, conventionem facere: et si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo praestare debet* (6): *sed ex bono et aequo est, ut conductor piscinae non destruat totam piscinam, quia debet habere fructus piscandi, et non omnes pisces, ita ut piscaria consumatur* (7), *et idem dico, si locaretur jus piscandi in flumine vel fonte aut piscaria: quia non posset omnes pisces tollere, nisi aliter conventum esset, quod nota, quia est quotidianum.*

VIII. Se alcuno prese in condizione valli o paludi onde in esse pescare, ed in quelle si trovino certi pezzi di terra sollevata dall' alveo, che volgarmente si chiamano *tori*, e tutti i pesci nello inverno si ritirino sotto di essi, come avviene nelle valli Padovane, è forse lecito al conduttore di aprire i detti *tori* e di prendere tutti i pesci? Rispondi, che no, perchè in questa maniera si torrebbe il diritto di pescare purchè non se ne ponessero degli altri. E questo è provato da' testi, ed è provato eziandio da ciò, che il conduttore è innanzi tutto obbligato secondo la legge, cioè ad eseguire la convenzione, e se alcuna cosa fu ommessa nel contratto, egli deve prestarla per equità; e per equità appunto il conduttore della peschiera è tenuto a non distruggere tutta la peschiera, perchè ha diritto d'avere i frutti della pesca, e non già tutti i pesci, così che la peschiera si consumi. Lo stesso io dico se fosse locato il diritto di pescare in un fiume, in una fontana o peschiera, dappoichè non potrebbe prendere tutti i pesci, qualora ciò non fosse pattuito; lo che dei notare, perchè è cosa quotidiana (*a*).

(1) *Juxta nota, in l. pecoris, ff. de serv. rust. praed. et l. ut pomum, ff. de serv. ut dixi supra in tit. de serv. aquaeduct. 2. qu. princ. vers. Item quid si conceditur mihi.*

(2) *L. usufructuarium venari, § si in vivariis, ff. de usuf.*

(3) *L. Julianus, § fin. cum tribus l. sequentib. ff. de actionibus empti.*

(4) *Arg. d. l. usufructuarium, § si in vivariis, et arg. l. si merces, § conductor, ff. loca.*

(5) *In l. videamus, § item prospicere debet eodem tit.*

(6) *Ut dicit text. Inst. loc. § conductor.*

(7) *Facit l. 1, et 2, ff. de usufruct.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XLII.

(*a*) 1.° Secondo il diritto romano i pesci che si trovano nei mari, che guizzano nei fiumi e nei laghi sono *in laxitate naturali* e quindi fra le cose che non appartengono ad alcuno, per cui possono essere fatti proprii dal primo occupante. Per ciò nel mare era lecito a tutti di pescare e presso i Romani anche nei fiumi, sebbene la proprietà di essi appartenesse al popolo romano (l. 1, § 5 Dig. *De adquirendo rerum dominio*; Voet *Ad Pandectas*, lib. 41, tit. 1, § 5).

Non era vietato il diritto di pescare innanzi alla casa od al luogo di delizie altrui;

Digitized by Google

anzi Ulpiano ha sentenziato aver luogo l'azione d' ingiurie contro colui che avesse vietata la pesca (l. 13, § 7 Dig. *De injuriis*). Però Leone ha prescritto che fosse legittimo il divieto (Novella LVI).

2.° Il mare è nel numero delle cose comuni la cui proprietà non appartiene ad alcuno e quindi comune a tutti n' è l' uso e la pescagione ove una legge nol vieti. Lo stesso dicasi dei fiumi di pubblica ragione.

L'ordinanza francese del mese di agosto 1681 permise espressamente la pesca in mare, ma prescrisse la larghezza della maglia nelle nasse affine di preservare i pesci della prima età. Si assoggettò pure a disciplina la pesca dei fiumi di pubblica ragione, ed in Francia comparvero l' ordinanza del 1669 e la legge 22 novembre 1790.

3.° Le cose che non appartengono ad alcuno si possono acquistare coll' occupazione da tutt' i membri dello Stato (Cod. austriaco § 382, Cod. Napoleone, art. 539).

Si possono occupare i pesci che si trovano nei mari, nei fiumi o nei laghi, ma non già quelli che trovansi nelle altrui peschiere.

Il diritto di pescare viene regolato da leggi politiche (Cod. Napoleone, art. 715; Cod. austriaco, § 383).

Negli Stati austriaci, riguardo alla pesca, è in vigore l' antica Ordin. 21 marzo 1771.

Il Governo italico aveva stabilito di regolare la polizia sulla pesca colla legge di finanza 17 luglio 1805, ma questo Regolamento non ebbe mai luogo.

In Lombardia era stata pubblicata un' apposita grida del 2 marzo 1765 ed era osservato un piano del Magistrato politico camerale ricordato nell' Avviso del Tribunale d' Appello 7 maggio 1795.

Nel Veneto abbiamo la Notificazione governativa 12 agosto 1830, la quale vieta alle barche armate di prendere a bordo passeggieri o merci.

Il Codice penale dichiara crimine il furto di pesci nelle peschiere o stagni (§ 174).

Digitized by Google

CAPUT XLIII.

DE AERE.

I. *Aer ejusque usus communis est sicut mare et maris littora.* — II. *Locus ex soli odore si pestilentiosus fiat, scilicet ex foetore terrae etiam privatae, ut puta, quia ibi sulphararia fiant, an faciens interdicto ne quid in loco publico teneatur.* — III. *Fabri an in domo sua ita malleare possint, ut ex mallei sono doctoris vicini mentem disturbent.* — IV. *Aer quando malus est, nunquid quis ibi stare vel venire teneatur.* — V. *Fumo corrupto si quispiam aliquem peremerit, poena extraordinaria tenetur.* — VI. *Ususfructus odorum, vel aromatum an constitui possit.* — VII. *Aream si quispiam habeat in qua frumentum ventare solet, ut a palea executiatur: an vicinus in suo aedificare possit, ita ut illi areae ipsum ventum auferat.* — VIII. *Gonellae magni Bufonis facetia, qui cum esset bannitus sub poena capitali, ne Ferrariam accederet, emit unum plaustrum Paduae: et terram Paduanam in dicto posuit, quam ascendit, et postea Ferrariam profectus, dicebat se esse in territorio Paduano.* — IX. *Avis vel aliud quodpiam animal, cum est in arbore, in aere esse dicitur: non autem in terra.*

I. *Aer eiusque usus communis est, sicut mare et litora maris* (1), *et tanquam commune perpetuo in totum occupari non potest* (2): *et si quis aliquem uti aere prohibet, actione injuriarum tenetur* (3). *Non potest itaque quis nobis aerem vel solem tollere, nisi aedificando,* juxta ea, quae dixi supra in lib. 1. in tit. ne prospec. offic. 4.

CAPO XLIII.

DELL' ARIA.

I. L' aria ed il suo uso sono comuni, come il mare ed i suoi lidi. — II. Se un luogo diventa pestilenziale per l' odore del suolo o pel fetore proveniente da fondo anche privato, per esempio, perchè in esso si fanno i solferi, quegli che fa ciò è forse tenuto coll' interdetto *ne quid in loco publico?* — III. Se i fabbri possano nella lor casa martellare così fattamente che pel suono dei magli resti turbata la mente del vicino dottore. — IV. Se quando l'aria è cattiva in un luogo, possa alcuno essere obbligato a venirvi o a starvi. — V. Se alcuno reca danno ad un altro col fumo corrotto, viene punito con pena straordinaria. — VI. Se possa venir costituito l'usufrutto di odori o di aranci. — VII. Se taluno ha un' aja nella quale suoi ventilare il frumento e scuoter le paglie, il vicino può forse fabbricare nel suo fondo in modo da togliere il vento a quell' aia? — VIII. Facezia di Gonella gran buffone, il quale essendo bandito da Ferrara sotto pena del capo se ritornasse, comperò un carro a Padova, e pose in esso della terra Padovana, e poscia vi montò su, ed andato a Ferrara diceva d'essere nel territorio di Padova. — IX. L'uccello o qualunque altro animale, quando è sopra un albero, si dice essere in aria, non già in terra.

I. L' aria ed il suo uso è comune, come il mare ed il lido del mare, e come comune perpetuamente ed interamente non può venire occupato. Che se alcuno proibisce ad un altro di usare dell' aria, è tenuto colla azione d' ingiurie. Non può alcuno togliervi l' aria od il sole, se non col fabbricare, giusta ciò che dissi nel *lib. 1 tit. di non torre*

Digitized by Google

viam public. vel flumen public. vel fundum privatum (1).

II. *Sed quid si ex odore soli locus pestilentiosus fiat, scilicet ex foetore terrae etiam privatae: ut quia fiant ibi sulphuraria, tenebitur interdicto, ne quid in loco publ.* (2), ff. ne quid in loco publ.; *idem si corrumpat aerem, apponendo stercus, vel aperiendo cloacam* (3), *ubi hoc not. gloss. quod vi aut clam, et ideo praetor introduxit duo interdicta de cloacis purgandis ad salubritatem civitatis: nam coelum pestilens et ruinas minantur immunditiae cloacarum* (4). *Et propterea alias judicavi in civitate Veronae, quod unus pelliparius non posset facere mollitium in domo sua, ob maximum foetorem, qui exhalabat ex eo, et nocebat vicinis; idem dic de similibus artibus foetentibus.*

III. *Numquid autem fabri possint malleare in domo sua, ita ut ex sono mallei disturbent mente doctoris,* vide Bald. et Doct. (5), *et quid si esset vicinus infirmus* (6).

IV. *Quando autem est malus aer, numquid teneatur quis ibi stare vel venire,* vide glo. et Doct. (7) *ubi posui materiam de cloacis. Et adde quod propter bonum aerem, et sic coeli opportunitatem fundus magis aestimatur: et si minoris ipsum vendiderit, ex hoc solo forte posset in integrum restitui: quia est in loco, ubi est optimus aer, sicut ex eo, quia fuit majorum suorum* (8), *vel opportunitatis, vel coeli, vel quod illic educatus sit, vel parentes sepulti* (9), *quod bene nota.*

V. *Si quis fumo corrupto aliquem peremerit, poena extraordinaria tenetur* (10).

VI. *Numquid ususfructus odorum vel aromatum constitui possit? dic non proprie. Sed ad senatusconsultum erit descendendum, quod de cautione loquitur* (11).

VII. *Si quis habet aream, in qua solet* (*) *frumentum ventare, ut excutiatur a palea;*

re un ponte sopra la pubblica strada od il fiume pubblico, o sopra il fondo privato (*a*).

II. Ma che di diritto se un luogo diventa pestilenziale in forza dell' odore del suolo, o del fetore di una terra anche privata, per esempio, perchè ivi si fabbricano zolfanelli? Chi li fabbrica sarà tenuto coll'interdetto: *ne quid in loco pubblico.* Così pure se infetti l' aria col porre stereo o coll' aprire una cloaca; e però il pretore introdusse due interdetti per le cloache da purgarsi a salute della città, dacchè le immondezze delle cloache minacciano un cielo pestilenziale e rovine. Per la qual cosa altre volte ho giudicato nella città di Verona, che un conciapelli non potesse esercitare il detto mestiere nella sua casa, in causa del sommo fetore che da essa esalava e nuoceva ai vicini. Tu di' poi lo stesso di simiglianti arti fetenti.

III. Possono poi i fabbri dar co' magli sì fattamente che col loro suono turbino la mente del vicino dottore? Vedi Baldo ed i Dottori, e così pure in essi ciò che sarebbe se il vicino fosse infermo.

IV. Allorchè in un luogo l' aria è cattiva, può taluno essere obbligato a venire ivi od a starvi? Vedi la Glossa ed i Dottori. Ed aggiungi che in virtù del buon aere, e così della clemenza del cielo, il fondo maggiormente si stima, e se per meno del suo valore sarà venduto, potrà farsi luogo alla restituzione in intero, perciò che è in sito dove l' aria è ottima, nello stesso modo come se fosse stato de' proprj antenati, o che fosse molto opportuno, o mite il cielo, o che ivi il venditore fosse stato educato, o sepolti i parenti; lo che devi notare.

V. Se taluno avrà fatto danno ad un altro col fumo corrotto, sarà punito con pena straordinaria (*b*).

VI. Si può poi costituire un usufrutto di odori o di aromi? Rispondi: impropriamente. Ma si dovrà stare al senatoconsulto, che parla della cauzione.

VII. Se alcuno ha un' aja, nella quale suole ventilare il frumento, onde mondarlo

(1) *L. pen. ff. de flum. et nota, Rosf. in tit. de inserd. ne quid in loco publ. fiat vers. 7. in fin. et in tit. de aqua poss. et proprie, 8 in confessoria, lib. 10. et per Canonist. maxime per Joan. de Imol. in c. vestra, extr. de loca.*

(2) *Calliae ex his quae not. in dictis iurib.*

Digitized by Google

an possit vicinus aedificare in suo, ita ut ventum auferat illi area: casus est (1) et ibi per Doct. et Ang. (2).

VIII. *Sed pone q. quae fuit de facto in persona Gonellae, qui magnus Bufonus vulgariter appellatur, nam dum esset bannitus sub poena capitali, ne Ferrariam accederet, emit unum plaustrum Padue, et terram Paduanam posuit in dicto curru, quem ille ascendit, et postea accessit in civitatem Ferrariae, dicens, se non esse in territorio Ferrarie, sed Paduae, ex quo tangebat territorium Ferrarien. Sed dicit Ang.* (3) *quod non fuit bono consilium, per illum text. qui vult, quod quis dicitur ire per fundum alterius, quando sella vel lectica vehitur: et adde quae not Bart. et Dd. sed pro Gonella facit gloss* (4) *ubi exponit, id est aere, ut sunt aves, quae in arboribus in aere nascuntur* (5), *et sic ille text. cum gloss. probat.*

IX. *Quod qui est in arbore, dicitur esse in aere, et non in terra: tamen dicendum est ipsum esse sub territorio, in quo est arbor.*

(1) *In l. fin.* § *final. C. de serv.*
(2) *In l. Imperator, ff. de serv. urb. praed.*
(3) *In l. qui sella, ff. de serv. rust. praed.*

(*) *Aream.* Vicinus non potest aedificare in solo juxta aream vicini, quae sit ad triturandum granum, ne per aedificium impediatur usus areae, quia ventus retinetur (1): quod est verum secundum Bald. ibi, si area in alio loco fieri non possit. Item verum, si ventus non possit venire nisi ab ea parte a qua aedificetur (2), et ibi dic verum, nisi pactum sit in contrarium.

(1) *l. fin.* § *fin. et ibi Bart. et Bald. C. de servit. et Petr. de Ubal. in tract. de societ. 6. part. ult. quaest.*

dalla paglia, può il vicino fabbricare nel proprio così che tolga il vento a quell' aja? Vedi i testi ed i Dottori.

VIII. Ma poni il seguente caso, che avvenne realmente nella persona di Gonella, che volgarmente è chiamato il *Gran buffone*. Questi essendo bandito da Ferrara, e minacciato nella testa se mai vi ritornasse, comperò un carro a Padova, e vi pose dentro della terra Padovana; indi vi ascese sopra e se ne andò a Ferrara, dicendo, che egli non era nel territorio Ferrarese, ma Padovano, per ciò che stava sul terreno di Padova. Angelo però dice, che questo non fu buon consiglio, per quel testo che vuole che si dica andare alcuno pel fondo altrui, allorquando vi va in sella od in lettiga. Ed aggiungi ciò che notano Bartolo ed i Dottori. Ma per Gonella sta la glossa, là dove spiega circa l' aria: come sono gli augelli che nascono in aria sopra gli alberi, e così testo e glossa provano.

IX. Chè chi è sull' albero si dice essere in aria, e non in terra; nulladimeno è da dirsi, che egli è nel territorio, sul quale è l' albero.

(4) *Inst. de jure nat. gent. et civi. in prin. in vers. coelo.*
(5) *Ut* § *apum. Inst. de rer. divis.*

(*) *Aja.* Il vicino non può fabbricare nel suo suolo presso l'aia del vicino che serve a tritare il grano, affinchè in causa dell'edificio non sia impedito l'uso dell'aia, togliendosi il vento. Lo che è vero secondo Baldo, se l'aia non si possa fare in altro sito, e così pure se il vento non possa venire se non da quella parte ove si fabbrica, o perchè non vi sia un patto in contrario.

(2) *Ut ibi per Bart. et Bald. et supra per Bart. Caepol. de servit. urb. cap. 26. 27. et cap. 29.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XLIII.

(*a*) Pel diritto austriaco si può togliere l' aria ai vicini col fabbricare un nuovo edifizio o coll' ampliarne uno esistente.

Se il vicino volesse far uso del diritto di proibizione, dovrebbe provare che a lui compete una delle servitù negative contemplate nel § 476.

Ora, come egli può farlo se il § 480 prescrive che il titolo di ogni servitù si fonda nel contratto, nella disposizione di ultima volontà, nella sentenza del giudice pronunciata sulle divisioni di un fondo comune e finalmente nella prescrizione?

La legge dunque, sebbene anch' essa possa fornire un titolo riguardo agli altri modi di acquistare (§§ 317 e 424), non lo può fornire riguardo alle servitù.

Per ciò manca ogni fondamento per cui potesse il vicino in via di giustizia, impedire

Digitized by Google

d' aria con danno della servitù e del pubblico ornato e di quelle arti che animano tanto la società civile.

(*b*) Egli è vero che le magistrature politiche provvedono che alcuni mestieri, i quali producono o fumo o rumore, o cattive esalazioni, si debbano esercitare in luoghi determinati e remoti, ma accrescendosi la popolazione, e specialmente in una città vasta, non possono segregarsi in generale negli angoli più remoti di essa, tanto più quando giornaliero ne è il bisogno, a meno che non si voglia sagrificato il pubblico all' individuale vantaggio.

Non si nega che la vicinanza, per esempio, di una fucina, non debba riuscire increscevole pel battere dei martelli e pel cattivo odore del carbone, ma l' obbligo di proteggere il diritto di proprietà è la condizione essenziale di un Codice, quando non si vogliano distrutti gl' inalterabili principii del diritto di natura, sopra cui affidato riposa il corpo sociale.

Importanti riguardi soltanto possono impetrarne il sagrifizio, e coloro stessi che pur potrebbero abbisognarne a vicenda, dovrebbero avvertire che se le leggi volessero respinto tutto ciò che può essere di pregiudizio ad alcuno, vietar dovrebbero l' esercizio di tante arti utilissime, e per favorire il comodo individuale, arrestare la perfezione dell' industria umana.

Si dovrebbe, per esempio, scacciare il falegname perchè può infastidire col suo piallare; il pellicciaio non dovrebbe più battere le sue pelli, nè più potrebbe ricevere le sue lezioni chi impara la musica, perchè certamente un istrumento discordato e strillante non è miglior armonia per l' orecchio dei ripetuti colpi di martello sopra l' incudine.

Vedi inoltre le nostre annotazioni al seguente Capo XLIV.

Digitized by Google

CAPUT XLIV.

DE IGNE.

I. *Ignem juxta parietem communem an facere licitum sit.* — II. *Domum si tibi locaverim, et in locatione convenerim, et ignem in domo haberes: attamen tu habuisti, si fortuito casu incendium ortum fuerit, an tenearis.* — III. *Inter locatorem, et conductorem si conventum fuerit, ne in domo foenum aut palea poneretur, et conductor posuerit, deinde servus igne allato succenderit, quid juris.* — IV. *Domum inferiorem habens, an possit facere tam grandem fumum, ut superiori noceat.* — V. *Ignis fornacis et furni an vicino nocere debeat.* — VI. *Ignem in stipulam, ad paludem si quispiam immiserit, et alicui damnum dederit, quid juris.* — VII. *Ignis piscatorum, si naves in periculum aliquod duxerit, quid juris.* — VIII. *Ignis si dolo immittatur in alienas aedes, vel frumenti acervum: quid juris.* — IX. *Aedium appellatione omnes aedificii species continentur.* — X. *Ignis poena vel alia, an contra incendiarios locum habeat.* — XI. *De incendio, quod in domibus vel hospitiis sine dolo fit, an dominus teneatur, si domus erat aliena, vel de rebus alienis in domo combustis.*

Ultimo loco superest de igne quarto elemento aliqua dicere: et de igne loquamur, qui apud nos est verus: quia variis ex causis sit, ideo cum percurramus. Et primo de igne familiari.

I. *Nunquid sit licitum facere ignem juxta parietem communem? dic aut per talem ignem torretur, aut damnificatur paries communis, et non potest* (1). *Aut non torretur vel non damnificatur, et potest, ut ibi a contrario sensu* (2), *et ex hoc not.*

CAPO XLIV.

DEL FUOCO.

I. Se sia lecito far fuoco per il muro comune. — II. Se io ti ho locato una casa, e nel contratto sia convenuto che non debba tener fuoco in casa; e tu nondimeno il tenessi, e per caso accidentale fosse avvenuto un incendio, sei tu forse obbligato? — III. Che di diritto se fu convenuto fra locatore e conduttore che non sia tenuto in casa fieno nè paglia, ed il conduttore n'abbia posto; e poscia il servo portando il lume, l'abbia accesa? — IV. Se chi ha la casa più bassa possa fare sì gran fumo che nuoccia a quella più alta. — V. Se il fuoco della fornace o del forno possa nuocere al vicino. — VI. Che di diritto, se alcuno gettò nella palude del fuoco entro la stoppia ed abbia recato danno ad alcuno? — VII. Che di diritto, se il fuoco dei pescatori condusse una nave in qualche pericolo? — VIII. Che di diritto, se viene messo il fuoco nelle altrui fabbriche od in un acervo di frumento? — IX. Sotto il nome di fabbriche si comprende ogni specie di edifizi. — X. Se la pena del fuoco od altra abbia luogo contro gl' incendiarii. — XI. Se il padrone sia tenuto per l' incendio che avviene senza dolo nelle case o negli ospizii, se la casa spettava altrui, o per le cose altrui abbruciate nella casa.

In ultimo luogo restano a dirsi alcune cose intorno il quarto elemento, ch' è il fuoco, e poichè egli nasce da varie cause, prendiamole ad esame. E primamente parliamo del fuoco di famiglia.

I. È forse lecito far fuoco presso il muro comune? Rispondi: o per questo fuoco si abbrucia o danneggia il muro comune, ed allora non si può farlo; o non si brucia, nè si danneggia, ed allora il si può. Da ciò derivano parecchi corollari. Primo, che non

Digitized by Google

set inferri damnum muro: vel qu ia est subtilis, vel quia sit ignis immoderatus: quod not. pro pauperculis, quae saepe ignem faciunt prope murum, quia non habent caminum. Secunda conclusio, non licet facere caminum (*) *in muro subtili, si flamma ignis nocere possit muro. Tertia conclusio, si est factus caminus in muro communi, et de voluntate vicini, non potest in eo fieri ignis talis qui vicino noceat, quod not. contra nobiles et potentes, qui solent facere magnum ignem, si noceret, vel timeretur ne noceat vicino* (1). *Quarta conclusio, si murus esset grossissimus, tamen non licet ita magnum facere ignem ut timeatur, ne flamma ascendat caminum, et inferat periculum vicino* (2), *quod not. contra facientes nuptias. Quinta conclusio, si quis habet in parte superiori domum, et alter in inferiori, non potest superior facere ignem ita magnum, ut sit dubitandum, ne solarium, super quo ignis ponitur, accendatur, vel offendatur* (3); *quod similiter not. contra facientes nuptias, quibus hoc evenire contingit, quando coquinam faciunt in solario. Sexta et ultima conclusio, si in praedictis casibus timetur damnum, potest peti cautio damni infecti* (**); *et si damnum datum est, quia paries sit exustus, potest agi actione in factum* (4).

II. *Quid autem si locavi tibi domum, et conveni in locatione, ut ignem in domo non haberes, et tamen tu ignem habuisti, et fortuito casu ortum est incendium, an tenearis? Dicas quod sic: quia non debuisti contra conventionem habere, et culpa praecessit casum, ideo teneris etiam de casu* (5). *Sed si esset actum, ut ignem innocentem haberes, tunc non teneris de casu fortuito* (6).

III. *Quid si inter locatorem et conductorem convenit, ne in domo foenum aut palea poneretur, et conductor posuit: deinde servus igne allato succendit? Dic quod*

danno; o perchè è sottile, o perchè il fuoco è straordinario; lo che nota pei poverelli, che spesso fanno fuoco presso il muro, poichè non hanno cammino. Secondo corollario, che non è lecito costruire il cammino in un muro sottile, qualora la fiamma del fuoco possa nuocere al muro. Terzo, che se fu fatto il cammino nel muro comune e per consenso del vicino, non si può fare in esso tal fuoco che nuoccia al vicino; lo che dèi notare contro i nobili e potenti, che sogliono fare grandi fuochi. Quarto, che sebbene il muro sia grosso, tuttavolta non è lecito far così gran fuoco da incuter timore che la fiamma salga pel cammino (*) e rechi periglio al vicino, lo che nota contro quelli che fanno nozze. Quinto, che se alcuno ha la casa nella parte superiore, ed un altro nell' inferiore, non può il padrone superiore far fuoco sì grande da metter dubbio che il solajo, sopra cui si pone il fuoco, resti offeso o si accenda; lo che nota similmente contro quelli che fanno nozze, ai quali ciò suole avvenire, allorchè fanno cucina nel solajo. Sesto ed ultimo corollario, che se nei casi accennati si teme danno, può chiedersi cauzione pel danno temuto (**), e se il danno è già recato, dacchè il muro è bruciato, si può agire coll' azione in fatto.

II. Che poi di diritto, se ti ho locata una casa, e convenni teco nel contratto che non tenessi fuoco in esso, e nondimeno tu il tenessi, e per caso accidentale fosse avvenuto un incendio? Sei tu forse tenuto? Rispondi che sì, perchè nol dovevi tenere contro la convenzione, e la tua colpa ha preceduto il caso, e però sei tenuto anche pel caso. Ma se fosse stato pattuito, che tu potessi fare o tenere un fuoco innocuo, allora non saresti tenuto pel caso fortuito.

III. Che di diritto se tra locatore e conduttore fu convenuto, che questi non tenesse in casa fieno, nè paglia, e tuttavolta ne pose, e poscia il servo, portando il lume,

Digitized by Google

quilibet extraneus ignem injecerit eadem ratione (1), *quam perpetuo tene menti: quia idem esset in aliis similibus casibus.*

IV. *Quia ex isto igne generantur fumi, potest dubitari, an habens domum inferiorem possit facere tam grandem fumum, ut superiori noceat*, et de hoc est text. (2). *Et quid si esset fumus, qui malum odorem redderet, et vicino noceret? prohiberi posset, ne talem fumum mitteret* (3).

V. *Secundo principaliter quaeritur quid de igne fornacis et furni; dic* ut habeatur (4).

VI. *Tertio quaeritur quid de igne in stipulam ad paludem immisso? dic si quis immiserit hujusmodi ignem comburendi causa, et uberius evagetur, et progressus ignis alienam segetem, vineam, aut nemus, vel domum combusserit, requirendum est, an imperitia ejus, aut negligentia id acciderit: nam si die ventoso culpae reus est: nam qui occasionem damni dat, damnum dedisse videtur: in eodem crimine est, et qui non observavit, ne ignis longius procederet: at si omnia quae oportuit observavit, sed subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa* (5).

VII. *Quarto quaeritur quid de igne piscatorum? dic, piscatores prohibentur, ut nocte lumine ostenso fallant navigantes, quasi in portum aliquem delaturi, eoque modo in periculum naves, et qui in eis sunt deducant, sibique execrandam praedam darent. Et si aliter faciant, puniri debent, ac si ipsi raperent ea, quae navigio peremptа essent* (6).

VIII. *Quinto quaeritur de igne, qui aliquando dolo immittitur in aedes alienas, vel in acervum frumenti? dic si quis aedes, vel acervum frumenti juxta domum positum combusserit, vinctus verberatus, igni necari jubetur, si dolose hoc commiserit.*

(1) *Ut est text. not. in d. l. videamus, § fin. cum l. sequent.*

(2) *In l. sicuti, § Aristo. et § fin. ff. de serv. send. de quo dic ut dixi supra in tit. de fumo.*

(3) *Argum. eorum quae dixi supra in tit. praeced.*

sarebbe lo stesso, se qualsivoglia estraneo avesse gettato il fuoco, per la ragione medesima. Lo che ricorda perpetuamente, perchè sarebbe eguale la conseguenza negli altri casi consimili.

IV. E poichè dal fuoco predetto derivano i fumi, dubitare si può, se chi ha la casa più bassa possa fare in essa un fuoco sì grande che nuoccia a quella che gli sta sopra? Vedi i testi relativi. Ma che se il fumo fosse tale che rendesse malo odore e nuocesse al vicino? Gli potrebbe esser vietato di mandar fuori quel fumo.

V. In secondo luogo principalmente si chiede che sia di diritto circa il fumo della fornace e del forno? Rispondi, come nei testi.

VI. In terzo luogo si chiede che sia circa il fuoco gettato entro le stoppie nella palude? Rispondi: se alcuno gettò tale fuoco allo scopo d' incendiare, ed esso maggiormente si dilatò, e progredendo abbruci l' altrui messe, la vigna, il bosco o la casa, dee ricercarsi se ciò sia accaduto per di lui imperizia o per negligenza; avvegnachè se ha gettato il fuoco in giornata ventosa, è reo di colpa, perchè chi dà occasione al danno si reputa averlo recato, ed è reo egualmente se non ebbe cura che il fuoco non si propagasse più largamente. Che se osservò ogni necessaria diligenza, ma la subitanea forza del vento estese l'incendio, egli è esente da colpa.

VII. In quarto luogo si chiede, che sia di diritto intorno il fuoco dei pescatori? Rispondi: è proibito ai pescatori di trarre in inganno i naviganti di notte col lume acceso, quasichè portassero qualche cosa entro il porto, in questo modo trascinando in pericolo le navi, e quelli che vi stanno dentro, e preparando a se stessi una preda esecranda. Che se altrimenti facessero, devono esser puniti così come se rapissero le cose che andarono perdute col naviglio.

VIII. In quinto luogo si dimanda che sia del fuoco, che talora viene messo nelle altrui case, e nel cumulo di frumento. Rispondi: se alcuno avrà bruciato le altrui fabbriche, o l' acervo di frumento posto dappresso alla casa, sarà incatenato, battuto con verghe e poscia ucciso col fuoco, qualora abbia ciò fatto dolosamente. Se in-

(4) *In l. si servum, § si fornacarius et § si furnum, et ibi gloss. et Doct. ff. ad legem Aquil.*

(5) *Text. est not. in l. qui occidit. § 1. ff. ad leg. Aquil.* de quo dic, *et ibi per gloss. et Doct.*

(6) *Ut est text. in l. ne piscatores, ff. de incen. ruin. et naufrag.*

Digitized by Google

Si vero casu, id est, negligentia, aut damnum resarcire jubetur, aut si minus idoneus sit, levius castigabitur.

IX. *Et appellatione aedium omnes species aedificii continentur*, ut est text. in l. qui aedes ff. de incen. ruin. et naufr. *quae l. locum habet, etiam in eo, qui combussit torcularia, secundum Bart., qui dicit ita de facto vidisse observari. Et idem tenet Fl.* (1) *qui dixit idem esse in eo, qui combussit tentoria pannorum.*

X. *Sed nunquid ista poena ignis, vel alia contra incendiarios locum habeat de jure canonico*, vide text. gloss. et Doct. (2).

XI. *Sexto et ultimo quaeritur de incendio* (***), *quod sit in domibus, vel hospitiis sine dolo, an dominus teneatur, si domus erat aliena, vel de rebus alienis in domo combustis, et etiam aliis casibus: et quia ista non est materia nostra servit., ampla tamen et profunda est: contentus ero solum me rimettere ad scribentes de ea, et ideo vide in primis tex. et gloss. et Doct.* (3).

(1) *In l. si quis fumo, § 1. in fin. ff. ad leg. Aquil.*

(2) *In c. magnae extra, de sentent. excommu. et c. final. de sepul. et c. si quis domum, de injur. et damn. dato*, pro declaratione *d. l. qui aedes, vide* Bart. *in l. 4. de offic. praefect. vigil. et Cyn.* Bald. et Salice, *in d. l. data opera, C. qui accus. non poss.* et Angel. de Are. *in suo tract. malefic. in gloss. in vers. incendiario, in princ.*

(3) *In l. si vendita, ff. de periculo, et commodo rei venditae*, et ibi plene per Salice, et text. et Dd. *in l. 4. § 1. ff. de offic. praefect. vigil.* et text. et Doct. *in l. cum duobus, § damn. ff. pro socio, et l. in judicio, Cod. locat.* et Cyn. et Bald. et Salic. plene, et Doct. *in d. l. data opera*, et per eundem Salic. late *in l. quae fortuitis. Cod. de pig. actio*, et Flor. *in l. si quis fumo, § 1. ff. ad leg. Aquil.* et plenissime per Angel. de Aret. in tractat., *malefic. in d. gloss. in versic. incendiario*, et plene ac eleganter per solemnem Doctorem d. Petr. de Alas de Padua, *in disputatione sua, quae incipit, exorto incendio in una contrata, et vide etiam text. in l. ex conducto, § fin. et l. videamus, § fin. ff. locat. et in toto tit. ff. de incen. ruin. et in l. eum Cod. de fur. et per Cyn. in l. ad comparandas, C. manda, et per Alb. de Ros. in l. fistulas, § si quis fundum, ff. de contrahen. empt. et per text. et Dd. in c. fin. extra, de sepulc. et c. tua nos de sentent. excomm. et c. si quis domum, de injuriis et damno dato, et 11. quaest. 2. cum devotissimam, et 21. quaest. ultim. c. si quis membrorum, et c. pessimam, et 24. qu. 3. c. quisquis per domum, ubi plena de hac materia.*

(*) *Caminum.* Caminus in muro communi fieri non potest per socium altero invito, nisi murus sit valde grossus, Angel. Flor. Paul. de Castr. (1) et ibi vide Bart. (2) et Petr. de Perus. (3), sed Flor. (4), dicit post Bald. ibi, et Bart. quod si fieret solum tu-

vece l'avrà fatto per caso o per negligenza allora gli sarà imposto di risarcire il danno, e qualora non sia idoneo a risarcirlo, sarà leggiermente punito.

IX. Nel nome poi di *case* si comprendono tutte le specie di fabbriche, secondo la legge *qui aedes ff. de incend. ruin. et nauf.*, la quale procede anche per quello che incendiò i torchi, per opinione di Bartolo, il quale dice di aver veduto praticarsi ciò effettivamente. Lo stesso pensa Floriano, che dice procedere la stessa norma per colui che incendia le tintorie di panni.

X. Ma forse questa pena del fuoco, od altra ancora ha luogo pel diritto canonico? Vedi in proposito i testi, la glossa ed i Dottori.

XI. In sesto ed ultimo luogo si ricerca che sia di diritto circa lo incendio (***), che si fa nelle case e negli ospizj senza alcun dolo? cioè, se il padrone sia tenuto, qualora la casa fosse d'altri, o se sia tenuto per le case altrui bruciate nella casa, ed eziandio in altri casi? siccome però questa non è materia pertinente alle servitù, di cui dobbiamo trattare, ma nondimeno è ampia e profonda, così mi accontenterò solamente di mandare i lettori a consultare coloro che scrissero intorno ad essa. Perciò vedi i testi, la glossa ed i Dottori citati qui sotto (*a*).

(*) *Cammino.* Il socio non può senza consenso dell'altro costruire un cammino nel muro comune, se non qualora questo sia molto grosso. Vedi Angelo, Floriano, Paolo di Castro, Bartolo e Pietro di Perugia. Ma Floriano dice dopo Bartolo e Baldo, che se

Digitized by Google

(***) *De incendio.* Incendium non imputatur habitanti, qui sit solitus esse vigil. et diligens, quia non praesumitur esse in culpa. Bald. (1) dicit, quod si frequenter est contingens, quia non sit habita diligens custodia, et tunc est culpa, si vero de raro contingentibus, ut tunc casus insolitus non annumeretur culpae.

(***) *Dell' incendio.* L' incendio non s' imputa all' abitante che suol essere vigile e diligente, dacchè non si presume che sia in colpa. E Baldo dice, che se frequentemente accada che non s'abbia la diligenza dovuta, allora vi è colpa; se poi ciò avvenga di rado, allora, essendo insolito il caso, non si ascriverà a colpa.

(1) *In cons. quidam Histrus.* Alexan. *in l. si quis § fin. de edendo.* Et Bald. *in d. l. 1. C. de post.*

ANNOTAZIONI AL CAPO XLIV.

(*a*) 1.° Il Codice austriaco, parlando delle servitù urbane, fa menzione di quella di far passare il fumo pel cammino del vicino (§ 475, n.° 5) ed il Codice Napoleone intima a quello il quale vuole costruire presso il muro del vicino, sia o non sia comune, cammino o focolare, fucina, forno o fornello, che si serbi la distanza prescritta dai regolamenti e dagli usi particolari e si prevengano i danni (art. 674).

2.° Si può erigere un cammino ed accendervi il fuoco in qualsiasi sito di propria ragione, ove non vi sia timore d' incendio per le vicine case.

Qualora si suscitasse questo timore, il vicino minacciato potrà chiedere una cauzione denunciando al Giudizio la nuova opera.

Potrebbe tentarsi consimile azione allorquando le pareti laterali o di fronte all' intorno del focolare non promettessero bastante resistenza contro la fiamma quotidiana solita a farsi per l' uso cui è destinato quel cammino.

Il vicino potrebbe impetrare il riparo o di un contromuro o di piastre di ferro. Se la muraglia fosse debole si dovrebbe fare un fuoco temperato.

3.° La cappa o sia sporto del cammino dee farsi sul proprio. Se il muro è comune, di regola si potrà scavare sino alla metà; quando poi fosse tale muraglia indivisa destinata ad un uso particolare designato, per esempio, a separare un fondo, il quale era comune, non sarà lecita l'erezione di un cammino, perocchè contrario allo scopo del muro anzidetto. Regge poi sempre il precetto che fabbricandosi o scavandosi nella parete comune non debbasi sotto alcun pretesto recare nocumento alla metà pertinente al vicino (l. 24 Dig. *De servitutibus praediorum urbanorum*).

4.° Il Codice Napoleone stabilisce che non si faccia incavo di sorta nel muro comune senza il consenso del comproprietario ed in caso di rifiuto senza che siano preventivamente statuiti i mezzi di antevenire ogni detrimento alle ragioni del vicino (art. 662). Secondo la legge 28 Dig. *Communi dividendo* il comproprietario di una casa comune nulla poteva farvi sopra malgrado l' altro, e se col silenzio avesse l' uno tollerato qualche lavoro, dovevasi questo lasciar sussistere risarcendo l' altro comproprietario dei pregiudizii sofferti.

5.° Nelle legislazioni che danno facoltà di acquistare il condominio di un muro dividente, ove esista in esso un cammino, si può pretendere che questo sia ritirato a' termini di legge (Cod. Napoleone, art. 637). Il padrone del tubo del focolare doveva sapere che poteva diventar comune il muro dov' era quello eretto.

6.° Ammessa la incastratura di un cammino nel muro di una casa che dappoi fu divisa, il proprietario cui toccò non potrà nulla mutare dell' antico stato del cammino in caso di ricostruzione (Codice Napoleone, art. 665). All' epoca della divisione si ebbe riguardo allo stato in cui allora trovavansi le muraglie ed i cammini.

7.° E una servitù il far passare il fumo pel cammino del vicino (Codice austriaco, § 475, n.° 5). Quindi vi si richiede un titolo.

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE

DEI CAPI DEL TRATTATO

DELLE SERVITÙ PREDIALI URBANE.

Prohemium.
Caput I. De servitute personali.
» II. De servitute reali.
» III. De servitutibus mixtis.
» IV. De servitute mixta, videlicet de servitute usufructus.
» V. De secunda specie servitutis mixtae, de servitute usus.
» VI. De tertia specie servitutis mixtae, videlicet de servitute habitationis.
» VII. De servitute ministerii seu operarum, an sit realis vel personalis.
» VIII. De quibusdam obligationibus, an illae dicantur servitutes.
» IX. De servitutibus nominatis et innominatis.
» X. De servitutibus dividuis et individuis.
» XI. De servitutibus urbanis et rusticis, et quae dicantur etiam servitutes urbanae.
» XII. De servitutibus realibus et praedialibus, et in quo simul conveniant, et quae sit earum natura.
» XIII. In quo consistat servitus seu jus servitutibus.
» XIV. Qui possit constituere servitutes reales.

Cenni biografici intorno a Bartolomeo Cipolla . . . . . pag. v
Prohemio . . . . . » 1
Capo I. Della servitù personale . . . . » 3
» II. Della servitù reale. . . . . » 9
» III. Delle servitù miste . . . . . » 27
» IV. Della servitù mista, ovvero della servitù d' usufrutto . . . . . » 30
» V. Della seconda specie di servitù mista, cioè della servitù di uso. . . . . » 38
» VI. Della terza specie di servitù mista, cioè della servitù d' abitazione . . » 42
» VII. Se la servitù di servizio o delle opere sia reale o personale . . . . . » 47
» VIII. Se si appellino servitù alcune obbligazioni . . . . . » 49
» IX. Delle servitù nominate ed innominate . . . . . » 54
» X. Delle servitù dividue ed individue. » 57
» XI. Delle servitù urbane e rustiche, e quali ancora si dicono servitù urbane » 61
» XII. Delle servitù reali e prediali, in che cosa convengano insieme e quale sia la loro natura . . . . . » 66
» XIII. In che cosa consista la servitù o il diritto di servitù . . . . . » 75
» XIV. Chi possa costituire servitù reali » 77

Digitized by Google

Caput XVII. Quae sunt necessaria, ut servitus constituatur, et ei quasi possessio acquiratur.

» XVIII. Quae impediunt servitutem constituendam.

» XIX. Quomodo, et qualiter, et quando constituatur, et acquiratur, et retineatur servitus, et quae servitutes dicantur habere causam perpetuam, seu continuam, quasi continuam, seu quasi perpetuam, et quae causam discontinuam, et quanto tempore hujusmodi servitutes praescribantur.

» XX. Quot sint necessaria ad inducendam praescriptionem in servitutibus habentibus causam continuam, vel quasi, an requiratur titulus et bona fides, et an de jure inter jus canonicum et civile sit differentia in praescriptionibus, et an servitus possit constitui sub conditione, et duplici conditione, videlicet extinctiva et inceptiva.

» XXI. Quando servitus acquiratur.

» XXII. Quomodo, et qualiter, et quando, et per quem servitus retineatur.

» XXIII. Qualiter quis uti debeat servitute.

» XXIV. Quando, et qualiter, et quomodo servitutes amittantur.

» XXV. De speciebus servitutum urbanarum.

» XXVI. De servitutibus altius tollendi et officiendi luminibus vicini.

» XXVII. De servitutibus altius non tollendi.

» XXVIII. De servitute stillicidii avertendi, et stillicidii non avertendi.

» XXIX. De servitutibus stillicidii non avertendi.

» XXX. De servitute tigni immittendi.

» XXXI. De servitute projiciendi.

» XXXII. De servitute protegendi.

» XXXIII. Ne prospectui officiatur.

» XXXIV. De servitute prospectus.

» XXXV. De servitute luminum.

» XXXVI. De servitute, ne luminibus officiatur.

» XXXVII. De servitute oneris ferendi.

» XXXVIII. De servitute itineris seu actus.

» XXXIX. De solo seu area.

» XL. De pariete seu muro.

» XLI. De stillicidio seu tecto.

Capo XVII. Quali cose sieno necessarie, affinchè la servitù si costituisca e si acquisti ad essa il quasi possesso . pag. 105

» XVIII. Quali cose impediscano la costituzione della servitù . . . . . » 109

» XIX. In qual modo, come e quando si costituisca, si acquisti e si ritenga la servitù; quali servitù si dicano avere una causa perpetua o continua, quasi continua o quasi perpetua, e quali una causa discontinua; e in quanto tempo così fatte servitù si prescrivano . . » 114

» XX. Quante cose sieno necessarie per indurre la prescrizione nelle servitù aventi causa continua o quasi continua; se si richiedano il titolo e la buona fede; se nelle prescrizioni vi sia differenza di diritto fra il gius canonico ed il civile; e se la servitù si possa costituire sotto condizione e sotto doppia condizione, cioè risolutiva e sospensiva . . . » 131

» XXI. Quando s' acquisti la servitù . » 135

» XXII. Come, qualmente, quando e da chi la servitù si conservi . . . . . » 139

» XXIII. In qual modo alcuno debba usare della servitù. . . . . » 165

» XXIV. Quando, come e qualmente si perdano le servitù. . . . . » 172

» XXV. Delle specie delle servitù urbane » 213

» XXVI. Delle servitù di levare più alto e di torre la luce al vicino . . . . » 215

» XXVII. Delle servitù di non innalzare » 220

» XXVIII. Della servitù di divertire lo stillicidio e di non divertirlo . . . . » 225

» XXIX. Delle servitù di non divertire lo stillicidio . . . . . » 250

» XXX. Delle servitù d'immettere la trave » 253

» XXXI. Della servitù di gettare. . . » 274

» XXXII. Della servitù di sportare . . » 282

» XXXIII. Della servitù di non torre il prospetto. . . . . » 288

» XXXIV. Della servitù di prospetto . » 304

» XXXV. Della servitù della luce. . . » 311

» XXXVI. Della servitù di non torre la luce . . . . . » 318

» XXXVII. Della servitù di sopportare il peso . . . . . » 327

» XXXVIII. Della servitù di passaggio e di condotta . . . . . » 336

» XXXIX. Del suolo o dell' area . . . » 354

» XL. Della parete, ossia del muro . . » 369

» XLI. Dello stillicidio o tetto . . . » 405

Digitized by Google

Caput XLII. De ostio seu porta.
» XLIII. De aditu seu itinere.
» XLIV. De claustro seu conclavi.
» XLV. De penu.
» XLVI. De curia sive curte.
» XLVII. De puteo, cisterna et lavello.
» XLVIII. De cloaca.
» XLIX. De fistula.
» L. De furno.
» LI. De fornace.
» LII. De balneo sive stufa.
» LIII. De fumo.
» LIV. De scalis.
» LV. De ferratis.
» LVI. De solario.
» LVII. De tigno injuncto.
» LVIII. De onere ferendo.
» LIX. De refectione.
» LX. De ponticello.
» LXI. De moenianis.
» LXII. De fenestris.
» LXIII. De specularibus.
» LXIV. De camino.
» LXV. De necessario.
» LXVI. De seclario.
» LXVII. De aquarolo sive canali.
» LXVIII. De aquae projectu seu aliarum rerum.
» LXIX. De aquaeductu.
» LXX. De ponte.
» LXXI. De picturis seu incrustationibus.
» LXXII. De horreo.
» LXXIII. De armatura.
» LXXIV. De stabulo.
» LXXV. De ingressu seu introitu.
» LXXVI. De horto.
» LXXVII. De columbario.
» LXXVIII. De sterquilinio.
» LXXIX. De macerie.
» LXXX. De fovea.
» LXXXI. De arboribus.
» LXXXII. De sepulchro.

Capo XLII. Dell'uscio ossia della porta. pag. 414
» XLIII. Dell' accesso o passaggio . . » 419
» XLIV. Del chiostro ossia del conclave. » 421
» XLV. Della cantina . . . . . » 427
» XLVI. Della corte o cortile . . . . » 433
» XLVII. Del pozzo, della cisterna e del lavatoio o guazzatoio. . . . . » 436
» XLVIII. Della cloaca . . . . . » 445
» XLIX. Del condotto . . . . . » 456
» L. Del forno . . . . . » 459
» LI. Della fornace . . . . . » 489
» LII. Del bagno ossia della stufa . . » 493
» LIII. Del fumo . . . . . » 497
» LIV. Delle scale. . . . . » 501
» LV. Delle ferrate . . . . . » 509
» LVI. Del solajo . . . . . » 513
» LVII. Della trave imposta . . . . » 520
» LVIII. Del peso da sopportarsi. . . » 523
» LIX. Del ristauramento . . . . . » 531
» LX. Del poggiuolo o cavalcavia . . » 556
» LXI. Dei meniani . . . . . » 569
» LXII. Delle finestre . . . . . » 574
» LXIII. Delle gelosie . . . . . » 590
» LXIV. Del cammino . . . . . » 594
» LXV. Del cesso . . . . . » 607
» LXVI. Dell' acquajo . . . . . » 613
» LXVII. Dell' acquajetto, ossia canale. » 617
» LXVIII. Del getto dell' acqua e di altre cose . . . . . » 623
» LXIX. Dell' acquidotto . . . . . » 627
» LXX. Del ponte. . . . . » 629
» LXXI. Delle pitture ed incrostature . » 632
» LXXII. Del granaio . . . . . » 640
» LXXIII. Dell' armatura . . . . . » 643
» LXXIV. Della stalla . . . . . » 645
» LXXV. Dell' ingresso od entrata . . » 647
» LXXVI. Dell' orto . . . . . » 651
» LXXVII. Della colombaia . . . . . » 655
» LXXVIII. Del letamajo . . . . . » 658
» LXXIX. Del muro a secco . . . . . » 661
» LXXX. Del fosso . . . . . » 670
» LXXXI. Degli alberi . . . . . » 674
» LXXXII. Del sepolcro . . . . . » 693

Digitized by Google

INDICE

DEI CAPI DEL TRATTATO

DELLE SERVITÙ PREDIALI RUSTICHE.

I. Servitutes rusticorum praediorum quae sint

Caput I. De servitutibus itineris.
» II. De servitutibus actus.
» III. De servitute viae.
» IV. De servitute aquaeductus.
» V. De aqua pluvia arcenda.
» VI. De cloacis purgandis.
» VII. De servitute aquae hauriendi.
» VIII. De servitute pecoris ad aquam appulsus.
» IX. De servitute juris pascendi.
» X. De servitutibus calcis coquendae, et arenae fodiendae.
» XI. De servitute altius tollendi.
» XII. De servitute cloacae.
» XIII. De servitute praetorii vel protecti.
» XIV. De servitute innominata.
» XV. De servitute terrae.
» XVI. De tugurio.
» XVII. De culture terrarum.
» XVIII. De seminatione plantarum.
» XIX. De sterquiliniatione.
» XX. De messe et vindemia.
» XXI. De aucupatione.
» XXII. De montibus.
» XXIII. De collibus.
» XXIV. De valle.
» XXV. De aqua.
» XXVI. De mari.
» XXVII. De littore maris.
» XXVIII. De portu.
» XXIX. De navi.

I. Quali sieno le servitù dei predii rustici . . . . . pag. 699
Capo I. Delle servitù di passaggio . . . » 701
» II. Delle servitù di condotta . . . . » 707
» III. Della servitù di strada . . . . » 764
» IV. Della servitù d' acquidotto . . . » 884
» V. Dell' acqua piovana da allontanarsi » 969
» VI. Delle cloache da purgarsi . . . » 976
» VII. Della servitù di attinger acqua . » 988
» VIII. Della servitù di abbeverare il bestiame . . . . . » 992
» IX. Della servitù del diritto di pascolo » 996
» X. Delle servitù di cuocere calce e di cavar sabbia . . . . . » 1039
» XI. Della servitù d' innalzare . . . » 1054
» XII. Della servitù della cloaca. . . » 1057
» XIII. Delle *aporte* e *pretorie* . . . » 1059
» XIV. Della servitù innominata . . » 1060
» XV. Della servitù della terra . . . » 1061
» XVI. Della capanna . . . . . » 1065
» XVII. Della coltivazione de' terreni . » 1066
» XVIII. Della seminagione delle piante » 1070
» XIX. Della concimazione . . . . » 1074
» XX. Della messe e della vendemmia. » 1075
» XXI. Della uccellagione e cacciagione » 1077
» XXII. Dei monti . . . . . » 1088
» XXIII. Dei colli . . . . . » 1105
» XXIV. Della valle. . . . . » 1106
» XXV. Dell' acqua . . . . . » 1109
» XXVI. Del mare . . . . . » 1111
» XXVII. Del lido del mare . . . . » 1126
» XXVIII. Del porto . . . . . » 1130
» XXIX. Della nave . . . . . » 1137

Digitized by Google

Caput XXX. De lacu.
» XXXI. De fluminibus.
» XXXII. De flumine privato.
» XXXIII. De insulis.
» XXXIV. De alveo.
» XXXV. De alluvione.
» XXXVI. De ripa.
» XXXVII. De aggeribus.
» XXXVIII. De torrente.
» XXXIX. De vallibus aquosis.
» XL. De fonte.
» XLI. De rivis.
» XLII. De piscatione.
» XLIII. De aere.
» XLIV. De igne.

Capo XXX. Del lago . . . . . pag. 1140
» XXXI. Dei fiumi . . . . . » 1144
» XXXII. Del fiume privato . . . . » 1154
» XXXIII. Delle isole . . . . . » 1157
» XXXIV. Dell' alveo . . . . . » 1168
» XXXV. Dell' alluvione . . . . . » 1175
» XXXVI. Della riva . . . . . » 1181
» XXXVII. Degli argini . . . . . » 1190
» XXXVIII. Del torrente . . . . . » 1195
» XXXIV. Delle valli d' acqua . . . » 1198
» XL. Della fontana. . . . . » 1200
» XLI. Dei rivi . . . . . » 1203
» XLII. Della pesca . . . . . » 1205
» XLIII. Dell' aria . . . . . » 1209
» XLIV. Del fuoco . . . . . » 1213

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google